١-٥

ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب

تأليف

الاستاذ آية الله الشيخ جواد التبريزي

مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان

ايران قم تلفن ٩٥١١٢

بسم الله الرحمن الرحیم

ارشادالطالب الی التعلیق علی المکاسب

کاتب:

جواد تبریزی

نشرت فی الطباعة:

دارالصدیقه الشهید

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

ارشادالطالب‌الی‌التعلیق علی‌المکاسب

اشارة

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ – ۱۳۸۵.

عنوان قراردادی : المکاسب.شرح

عنوان و نام پدیدآور : ارشادالطالب‌الی‌التعلیق علی‌المکاسب/ تالیف جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم: دارالصدیقه‌الشهیده، ۱۴ق=. -۱۳- –

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : دوره، چاپ چهارم ۲۰-۸۴۳۸-۹۶۴-X ؛ ۲۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ چهارم۶-۱۹-۸۴۳۸-۹۶۴ :

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی بر اساس جلد دوم.

یادداشت : کتاب حاضر شرحی برکتاب" المکاسب "تالیف انصاری است.

یادداشت : ج. ۱ (چاپ چهارم: ۱۴۲۵ ق.= ۱۳۸۳).

یادداشت : ج. ۲ و ۳ (چاپ چهارم: ۱۳۸۴).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب -- نقدو تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب . شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ی/الف۸م۷۰۲۱۲۸ ۱۳۰۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی :

[الجزء الأول]

[المقدمة]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ

الحمد للّه الذی أنزل القرآن هُدیً لِلنّاسِ وَ بَیِّنٰاتٍ مِنَ الْهُدیٰ وَ الْفُرْقٰانِ، و هدانا الی التفقه فی أحکام الدین و صلی اللّه علی خیر خلقه و أفضل بریته المبعوث رحمهٔ للعالمین و الناسخ بشریعته السمحاء شرائع الأولین و علی آله الطیبین الطاهرین الهداهٔ المهدیین. و اللعنهٔ علی أعدائهم من الأولین و الآخرین الی قیام یوم الدین.

و بعد فیقول المعترف بقصور باعه الراجی رحمهٔ ربه جواد بن علی التبریزی أن من نعم اللّه سبحانه علی أن فقهنی فی الدین و اجتمع الی ابحاثی الفقهیهٔ فریق من أرباب الفضل و رواد العلم الذین أخذوا علی عاتقهم حفظ معالم الدین و نشر أحکامه و قد ابدوا رغبتهم الی ضبط محاضراتی التی کان محورها کتاب المکاسب تألیف المحقق البارع وحید عصره و فرید دهره سماحهٔ آیهٔ اللّه العظمی و حجته الکبری الشیخ مرتضی الأنصاری تغمده اللّه برحمته و أسکنه بحبوحهٔ جنته الذی نزلت عند نظره انظار الفحول و أعاظم العلماء

الأبرار ذوی الحظ الوافر فی حفظ آثار المتقدمین و حاز قصب السبق فی إحیاء علوم الدین و إرشاد المؤمنین الی ما فیه خیر الدارین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴

فنزلت عند رغبتهم و أجبت مسؤولهم فجمعت محاضراتی فی هذا المؤلف المتواضع و سمیته (إرشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب) لیکون تذکرة.

و اللّه تبارک و تعالی أسأل و إیاه أرجو أن یجعله ذخرا لیوم فاقتی یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون و أن یتقبله بقبوله الحسن انه قریب مجیب و بالإجابة جدیر و إیاه أستعین فإنه نعم المولی و نعم النصیر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۵

[فی المکاسب]

اشارة

قوله (ره) فی المکاسب (۱)

---

(۱) عنوان الکتاب بالمکاسب أولی من عنوانه بالمتاجر، و ذلک، فإن التجارة مصدر ثان لتجر أو اسم مصدر، و معناها البیع و الشراء بغرض الربح، فیطلق التاجر علی من تکون حرفته البیع و الشراء و تحصیل الربح بهما، و کیف کان فلا تعم التجارة ما إذا لم یکن البیع أو الشراء بقصد الربح، فضلا عن الأعمال التی یکون الشخص أجیرا علیها، و یقع البحث فی الکتاب عن حکم تحصیل المال بها.

و هذا بخلاف المکاسب، فإنه جمع مکسب: بمعنی ما یطلب به المال، فیعم مثل تلک الأعمال.

لا یقال: قد وقع البحث فی الکتاب عن حرمة بعض الأعمال و حلها مع عدم تعارف کسب المال بها، کالبحث عن حرمة الغیبة و سب المؤمن، و کما یقال ان البحث فیها استطرادی، کذلک یمکن ان یکون المهم فی المقام البحث فی الأعیان المحرم و المحلل بیعها و شراؤها، و ذکر غیرها للاستطراد، فلا موجب لعنوان الکتاب بالمکاسب.

فإنه یقال: قد ذکرنا أن عنوان الکتاب بالمکاسب أولی لا- أنه متعین، مع أن الالتزام بکون المقصود بالبحث تلک الأعیان فقط غیر سدید، و الا لکان ذکرها فی شرائط العوضین من کتاب البیع أولی من إفرادها و البحث فیها قبل کتاب البیع و هذا بخلاف ما لو کان المقصود بیان المکاسب المحرمة و تمییزها عن المحللة منها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۶

[و ینبغی أولا التیمن بذکر بعض الاخبار]

قوله (ره) و ینبغی أولا التیمن بذکر بعض الاخبار (۱).

سواء کان الکسب بالأعیان أو المنافع و الأعمال، حیث أن إفرادها و البحث فیها مستقلا أنسب.

(۱) کان المناسب التیمن قبل الاخبار بالکتاب المجید المستفاد منه بعض الضوابط للکسب الحرام، کقوله سبحانه:

لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ «۱».

فنقول الأکل فی الآیة بمعنی وضع الید و التملک، لا الأکل الخارجی، حیث أن إضافته إلی الأموال موجبة لهذا الظهور، سواء کانت الإضافة إلی عنوان المال أو الی مثل الدار و الثوب من مصادیقه، فإذا قیل أکل زید دار فلان أو ماله فظاهره وضع یده علیهما و

تملکهما.

و الحاصل أن النهی عن الأكل فی الآیة من قبیل النهی عن المعاملة، و ظهوره فیها هو الإرشاد إلی فسادها، كما أن ظهور النهی المتعلق بالأفعال الخارجیة هو تحریمها تكلیفا، و لیس المراد أنه لا یمكن النهی عن المعاملة تكلیفا، سواء كانت المعاملة بمعناها المصدری أو الاسم المصدری، فإن إمكان النهی عنها كذلك، بل وقوعه فی الشرع كحرمة البیع وقت النداء أو حرمة بیع الخمر بمعنی كون بیعها مبغوضا للشارع من الواضحات، كیف و قد وقع الكلام فی أن النهی عن معاملة تكلیفا هل یقتضی فسادها أم لا.

بل المراد ان حمل النهی عن معاملة علی التكلیف یحتاج إلی قرینة، و مع عدم القرینة ظاهره الإرشاد إلی فسادها ای عدم إمضاء الشارع، فمثلا ملاک النهی عن البیع یوم الجمعة- و هو ادراک صلاتها و عدم تفویتها- قرینة علی الحكم التكلیفی و اللعن الوارد علی بایع الخمر و مشتریها قرینة علیها، كما أن قوله علیه السلام ثمن الخمر سحت دلیل علی فساد المعاملة علیها، حیث ان مع صحتها لا یكون الثمن سحتا.

---

(۱) سورة النساء ۴: الآیة: ۲۹

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۱، ص: ۷

....

و علی الجملة (فتارة) تكون المعاملة محرمة تكلیفا فقط كالبیع وقت النداء، و (أخری) تكون محرمة وضعا فقط كبیع المیتة علی ما سیأتی، و (ثالثة) تكون محرمة وضعا و تكلیفا كبیع الخمر، و الآیة المباركة دالة علی أن أكل أموال الناس و تملكها بالباطل فاسد، و المراد بالتملک بالباطل المحكوم بفساده هو التملک بالباطل و لو ببناء العقلاء.

و الحاصل أن وضع الید علی مال الغیر بالنحو الباطل- و لو فی اعتبار العقلاء- فاسد عند الشارع أیضا، و لیس المتعلق للنهی هو خصوص التملک بالباطل فی اعتبار الشرع، حیث لا معنی للنهی عنه لانه من اللغو الواضح، و ایضا خطاب النهی عن وضع الید علی مال الغیر و تملكه بالباطل كسائر الخطابات من قبیل القضیة الحقیقیة، و الموضوع فیه مطلق التملک بالباطل لا خصوص بعض أنواع التملک، كالقهر علی المالک، أو القمار، فمفاد الآیة أنه لا یكون وضع الید علی مال الغیر مع انطباق عنوان الأكل بالباطل علیه موجبا للملک شرعا، سواء كان سنخ ذلک الوضع فی زمان صدور الآیة أم لم یكن.

و ما عن السید الخوئی أطال اللّه بقاءه من كون الآیة ناظرة الی ما كان مرسوما فی ذلک الزمان من أنحاء التملک و الحكم علیها بأن كلها باطلة إلا التجارة عن تراض فیه ما لا یخفی.

أما (أولا) فلما ذكرنا من أن متعلق النهی هو التملک بالباطل لا التملک مطلقا، و لا خصوص بعض ما كان مرسوما فی ذلک الزمان.

و اما (ثانیا) فلان التجارة عن تراض غیر داخل فی متعلق النهی حتی مع عدم ذكر الاستثناء، فیكون استثناؤها منقطعا لا متصلا.

و أما (ثالثا) فلان الموجب لأكل مال الغیر شرعا لا ینحصر بالبیع و الشراء، فضلا عما إذا كانا بقصد الربح، كما هو ظاهر التجارة، كیف و موجبات التملک كثیرة كالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة و المضاربة و الوكالة و القرض الی غیر ذلک، و الالتزام بالتخصیص و رفع الید عن الحصر فی هذه الموارد الكثیرة بعید جدا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۱، ص: ۸

قوله (ره) روی فی الوسائل و الحدائق (۱).

قوله (ره) فقال جمیع المعایش (۲)

---

(۱) لاـ یخفی أن الاخبار العامـة المـذکورة فی الکتاب کلها ضـعیفة سـندا فلا یمکن الاعتماد علیها، نعم لا بأس بها لتأییـد الحکم بعد استفادته من غیرها.

أما روایـة تحف العقول- و ان قیل بان الکتاب من الکتب المعتبرة و أن مؤلفه شـیخ صـدوق کما عن صاحب الوسائل (ره)- فلا ریب فی أنها باعتبار إرسالها ضعیفة فإن غایة الأمر ان یکون کتاب تحف العقول مثل بحار المجلسی أو وسائل الحر العاملی قدس سرهما، و مؤلفه کمؤلفهما.

و من الظاهر أن مجرد اعتبار کتاب لا یقتضی قبول کل ما فیه، کما أن جلالة المؤلف لا تقتضی قبول کل روایاته و الغمض عن رواتها الواقعة فی اسناد تلک الروایات الی الامام علیه السلام.

و الحاصـل أنه لا یکفی فی العمل بالروایـة العدالـة أو الوثاقـة فی خصوص الراوی الناقل لنا حتی مع اعتبار الکتاب، بمعنی عـدم وقوع الدس فیه، بل لا بد من إحراز حال جمیع رواتها.

و دعوی أن مؤلف تحف العقول قـد حـذف الأسانیـد فی غالب روایات کتابه للاختصار لا للإبهام لم یعلم لها شاهـد، بل علی تقدیره ایضـا لاـ یمکن العمـل بهـا، فـإنه لاـ بـد فی العمـل بالروایـة من إحراز حـال جمیع رواتهـا کمـا مر، حیث من المحتمل اعتقاد المؤلف صدورها عن الامام علیه السلام لأمر غیر تام عندنا، لا حذفها لکون رواتها ثقات أو عدولا.

فالمتحصل أن حـذف المؤلف سـند الروایـة مع الاحتمال المزبور لا یکون توثیقا أو تعدیلا لرواتها کما لا یخفی، و مثلها دعوی انجبار ضعفها بعمل المشـهور، و ذلک فان بعض الأحکام المذکورة فیها لم یعهد الإفتاء به من فقیه فضلا عن جل أصحابنا، و نحوهما دعوی وجـود القرائن فی الروایـة الکاشـفة عن صـدق مضـمونها کمـا عن السـید الیزدی (ره)، و لعـل الصـحیح هو العکس کمـا هو مقتضـی اضطراب متنها، و اشتباه.

المراد و عدم کون العمل معهودا لبعض ظاهرها کما سنشیر الیه.

(۲) المعایش جمع المعیشة بمعنی ما یعیش به الإنسان مثلا و یتحفظ به علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۹

قوله (ره) فأول هـذه الجهات الأربع الولایة (۱) قوله (ره) ممـا لا یجوز (۲) قوله (ره) فکـل مأمور به (۳) قوله (ره) فکـل أمر یکون فیه الفساد (۴)

حیـاته، و کـان منهـا المـال المکتسب الـذی یصـرفه فی حوائجه، و یکون قوله ممـا یکون لهم فیه المکـاسب بیانـا للمعایش بمعنی أن المعایش التی یکون فیها کسب المال اربع جهات، و یمکن کونه بیانا للمعاملة ای المعاملات التی یراد بها المال أربعة أقسام.

(۱) لم یعلم وجه کون الولایة هو الأول و الأخیر هی الإجارات، کما لم یعلم الوجه فی افراد الإجارات و السکوت عن مثل المزارعة و المساقاة و المضاربة و الوکالة و غیرها، اللهم الا ان یکون التعبیر بالأول کلفظة ثم لمجرد العطف و الترتیب فی الذکر، و لکن یبقی فی البین وجه السکوت عن غیر الإجارة.

(لا یقال): الوجه فی عدم ذکرها دخولها فی الصناعات و التجارات، (فإنه یقال):

التجارة معناها البیع و الشراء بقصد الربح کما مر، فلا یدخل فیها مطلق البیع و الشـراء فضـلا عن غیرهما، و لو دخلت المزارعة و غیرها فی الصناعات لکانت الإجارة أیضا داخلة فیها، فإنه لا فرق بین تسلیم الأرض للعامل فیها بالمزارعة و بین إجارتها کما لا یخفی.

(۲) یتعلق بالتفسیر بإشرابه معنی التمییز ای تفسیر وجوه الحلال من التجارات و تمییزها عما لا یجوز للبائع بیعه و للمشتری شراؤه.

(۳) ظاهر الروایـة أن الموجب لحلیـة البیع أحـد أمرین، (الأول) أن تکون فی المبیع مصـلحة ضـروریة للعباد (الثانی) ما یکون فیه جهة صلاح مقصودة لهم، حیث أن الأول ظاهر قوله فکل مأمور به إلخ، و الثانی ظاهر قوله و کل شـیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من

الجهات.

(۴) لم یظهر الفرق بین هذا و بین المعطوف علی ذلک فیما بعد من قوله أو

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰

....

یکون فیه وجه من وجوه الفساد، الا أن یقال الفرق هو أن المفروض فی الأول کل أمر یکون فیه الفساد المحض، و فی الثانی کل شیء یکون فیه جهة الفساد و لو مع الصلاح أیضا، و هذا الفرق مقتضی عطف الثانی علی الأول بلفظه أو، و فیه ان مجرد اشتمال شیء علی جهة فساد لا یوجب بطلان المعاوضة فیما إذا کانت معها جهة الصلاح ایضا، و قد مر فی بیان ضابط صحة البیع و حلیته أن الاشتمال علی جهة صلاح کاف فی حل بیع الشیء و شرائه.

نعم لا بد من کون جهة الصلاح من المنفعة المقصودة للعقلاء لظهور الصلاح فی الشیء فی ذلک، و الا فلا یوجد شیء خال عن مصلحة ما الا نادرا.

و الحاصل أن الملاک الثانی لفساد البیع غیر صحیح، فإنه یصح بیع ما فیه الفساد فیما إذا کانت فیه جهة صلاح مقصودة ایضا، و مع عدم جهة صلاح مقصودة محللة یدخل الشیء فیما فیه الفساد المحض، بل الموجب لبطلان البیع علی ما یأتی خلو الشیء عن الجهة المقصودة للعقلاء المحللة شرعا، سواء کانت فیه مفسدة أم لم تکن، و هذا الضابط لبطلان البیع لا یستفاد لا من المعطوف، و لا من المعطوف علیه، و لا من الأمثلة الواردة فی الحدیث، بل فی بعضها لا یکون فساد إلا فی نفس البیع لا فی العوضین، کما فی البیع الربوی، فان المتجانسین لا فساد فیهما أصلا، بل الفساد فی نفس البیع بالزیادة، و الفساد أو الحرمة فی هذا القسم تابع للدلیل الدال علی ثبوت المنع، بخلاف ما إذا لم یکن فی الشیء المنفعة المحللة المقصودة، أو کانت فیه المفسدة الخالصة، فإن الحکم بالفساد فیهما لا یحتاج الی دلیل آخر، کما یأتی تفصیل ذلک ان شاء اللّه تعالی.

ثم انه قد ذکر فی الحدیث ان فی جلود السباع جهة الفساد فلا یصح بیعها، و لعل هذا لا عامل به، و بهذا یظهر حال ما تقدم من أن ضعف الحدیث منجبر بعمل الأصحاب، و مثله المنع عن بیع ما لا یجوز نکاحه فلاحظ.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱

قوله (ره) یلی أمره (۱) قوله (ره) أو یوجر نفسه (۲) قوله (ره) من غیر ان یکون (۳) قوله (ره) أو قرابته (۴) قوله (ره) أو وکیله فی إجارته (۵) قوله (ره) نظیر الحمال (۶) قوله (ره) و الخنازیر و المیتة (۷) قوله (ره) فیه أو له أو شیء منه (۸)

(۱) معطوف علی یملک أی إجارته ما یملکه أو یلی أمره، الأول کما فی إجارته عبده، الثانی إجارته من یکون له علیه ولایة، و دابته و ثوبه معطوفان علی نفسه فی قوله فإجارة الإنسان نفسه.

(۲) لعله من قبیل الخبر یعنی تفسیر الإجارات ان یؤجر نفسه أو داره و نظیره قوله فلا بأس ان یکون أجیرا أی اما تفسیر الإجارات فلا بأس أن یکون أجیرا إلخ.

(۳) یعتبر ان لا یکون فی إجارة نفسه أو مملوکه أو من یلی أمره فی جهة من المنافع المحللة داخلا فی عنوان الظلمة بأن یعد من أعوان الجائر و عما له، و الا فلا تجوز.

(۴) لا ولایة له علی غیر ولده من أقرباؤه، فیکون عطف القرابة علی ولده بلا وجه، الا ان یحمل علی صورة الوصایة أو الوکالة، و لکنهما لا تختصان بالقریب.

(۵) عطف علی نفسه یعنی لا بأس بان یوجر نفسه أو وکیله فی إجارته، و المراد بالوکیل الوکیل فی العمل، و المراد بضمیر الجمع فی

قوله لأنهم وكلاء الأجير العاملون الذين يكونون وكلاء فى العمل عن الذى يؤجرهم من نفسه لا من عند السلطان حتى يكون هو و هم داخلين تحت عنوان الظلمة.

(۶) مثال للموجر الذى يوجر نفسه أو وكيله من عنده لا من عند السلطان.

(۷) و لعل الخنازير و الميتة معطوفتان على هدم المساجد، فيكون اجارة نفسه فى الخنازير و الميتة باعتبار العمل المناسب لهما.

(۸) لعل المراد بالأول كونه أجيرا فى نفس العمل المحرم بان يوجده، و المراد بالثانى كونه أجيرا لعمل يكون ذلك مقدمة للمحرم، بان يكون غرض الأجير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۲

قوله الا لمنفعة من استأجرته (۱) قوله (ره) و العمل به و فيه (۲) قوله (ره) و فى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا- عليه السلام (۳) قوله (ره) فحرام ضار للجسم (۴) قوله (ره) و عن دعائم الإسلام (۵)

وصول المستأجر بما فعله الى الفعل المحرم، و المراد بالثالث فعل الجزء من المركب المحرم، و المراد من الرابع الإجارة لعمل يكون ذلك مقدمة للجزء من المركب المحرم، ثم ان حرمة الإجارة فى غير الفرض الأول مختصة بما إذا قصد بمتعلقها التوصل الى الحرام، و الا فلا وجه للحرمة فضلا عن فسادها.

(۱) ظاهره الاستثناء من قوله كل أمر منهى عنه، و لا يبعد ان يكون الصحيح استأجره بدل استأجرته و (التاء) زائدة يعنى كالذى يستأجر الأجير ليحمل الميتة و ينحيها عن أذاه و أذى غيره.

(۲) لعل المراد بالأول تمام العمل و بالثانى بعضه.

(۳) لم يرد فى الرواية ما انحصر المدرك فيه بها، و لو كان واردا لما أمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت ان الكتاب المزبور للإمام عليه السلام، و مجرد دعوى السيد الفاضل الثقة المحدث القاضى أمير حسين رحمة اللّه عليه أنه اطمئن من القرائن بذلك بعد ما أخذه من القميين الذين جاءوا به الى مكة لا يكون طريقا معتبرا لنا خصوصا مع قوة احتمال ان الكتاب المزبور كان لوالد الصدوق (ره) و وقع الوهم باعتبار التعبير فى الكتاب عن المؤلف (ره) بعلى بن موسى، و يؤيد ذلك توافق عباراته غالبا مع عبارات رسالته الى ولده و لتفصيل الكلام محل آخر.

(۴) يعنى فحرام بيعه و شراؤه و سائر المعاملة عليه، و ارتكابه ضار للجسم، و قلنا ان المراد بالحرام حرمة بيعه حتى لا يلزم التكرار اللغو كما لا يخفى.

(۵) الأمر فى الرواية المزبورة كما مر فى الفقه الرضوى، و لا يخفى أن ما فى دعائم الإسلام على تقدير اعتبار مؤلفه رواية مرسلة حيث ان المؤلف و هو نعمان بن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۳

قوله (ره) فى النبوى المشهور (۱)

[أنواع الاكتساب]

قوله (ره) مع إمكان التمثيل (۲)

محمد بن منصور قاضى مصر المالكى أولا كان فى أيام الدولة الإسماعيلية، فلا يمكن روايته عن الصادق عليه السلام بلا واسطة، و الواسطة مجهولة لنا، نعم ذكر فى الكتاب أنه حذف الأسانيد للاختصار، و لكن قد تقدم عدم نفع مثل هذه الدعوى، و لا تدخل

الروایة معها فی موضوع دلیل الاعتبار، حتی فیما إذا صرح المؤلف بأن الروایة کانت صحیحة، و ذلک فإن الصحة فی کلام القدماء لا یدل علی توثیق الراوی، و انما یدل علی اعتبارها عند من وصفها بها.

(۱) النبوی ضعیف سندا و لکنه صحیح مضمونا، و ذلک فإنه إذا تعلقت الحرمة بعین فی خطاب الشرع فظاهره تحریم جمیع الأفعال المقصودة منها فیکون أخذ العوض علیها من أکل المال بالباطل، حیث مع التحریم المزبور لا منفعة محللة لها، و هذا بخلاف ما إذا تعلقت الحرمة بفعل خاص من العین مع بقاء سائر الأفعال المقصودة منها علی الحل، کما إذا ورد فی الخطاب حرمة أکل التراب فإنه مع بقاء سائر منافعه علی الحل لا بأس بالمعاوضة علیه، کما هو کذلک فی البلاد التی اراضیها رمل و التراب فیها عزیز.

(۲) لا یخفی أن المستحب هو نفس الرعی أو الزراعة لا الاکتساب بهما کما هو مورد الکلام و لو اشتغل أحد بالرعی لنفسه أو لغیره تبرعا فعل المندوب، و کذا الحال فی الزراعة بل فی الصناعة الواجبة أیضا، حیث ان المطلوب فیها فعل ما یتوقف علیه نظام المسلمین و لو کان بنحو التبرع، و ربما یقال المستحب کالاکتساب للتوسعة علی العیال و رفع حوائج الناس، و الواجب کالاکتساب الذی توقف علیه الإنفاق الواجب، و فیه ان الکلام فی المقام لیس فی الکسب بمعناه المصدری بل فی الأعیان أو الأعمال التی یکون کسب المال بها، و أن کسبه بأی منهما حرام أو حلال، و فی المذکور نفس الاکتساب مستحب، أو واجب من غیر ملاحظة عین خاصة أو عمل خاص کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۴

[أنواع المکاسب المحرمة]

اشارة

قوله (ره) بقصد ترتب الأثر المحرم (۱) قوله (ره) الا من حیث التشریع (۲)

[النوع الأول الاکتساب بالأعیان النجسة عدا ما استثنی]

[یحرم المعاوضة علی بول]

قوله (ره) یحرم المعاوضة علی بول (۳)

---

(۱) لا یخفی أن حقیقة بیع الخمر و شرائه هو تملیکه للآخر بعوض و تملک العوض من الآخر، و إذا فرض الدلیل علی حرمة بیعه و شرائه زائدا علی الفساد کما هو مقتضی اللعن الوارد علی بایعه و مشتریه یکون نفس إنشاء التملیک أو التملک محرما، و علی ذلک فتقیید متعلق النهی بما إذا کان قاصدا لترتیب الأثر المحرم بلا وجه، بل لو کان مشتریه مثلا قاصدا شربه بعد تملکه فهو أمر آخر داخل فی التجری و لا یرتبط بحرمة نفس البیع و الشراء.

(۲) لا- یکون التشریع الا بالالتزام بحکم شرعی من غیر إحرازه بوجه معتبر، و مجرد بیع الخمر مثلا مع فرض فساده لا یکون تشریعا، حیث ان المتبایعین لا یلتزمان بصحته شرعا حتی یکون البناء المزبور تشریعا، بل غایته إقدامهما علی البیع مع علمهما ببطلانه، نظیر بیع الغاصب لنفسه، و الحاصل أنهما یلتزمان بالملکیة فی بنائهما و لا ینسبانها الی الشرع حتی یکون تشریعا.

(۳) استدل علی بطلان بیع الأبوال النجسة بوجوه ثلاثة: الأول حرمة شربها فیدخل فیما تقدم من أن المنهی عنه باعتبار أکله أو شربه لا یجوز بیعه و شراؤه، و الثانی نجاستها و قد ذکر فی حدیث تحف العقول عدم جواز بیع أقسام النجس، و الوجهان ضعیفان علی ما مر،

و الثالث عدم الغرض المحلل للعقلاء فی الأبوال النجسة حتی یکون لها المالیة المعبر عنها بالقیمة.

أقول الصحیح فی عدم جواز بیعها هو هذا الوجه، و بهذا یظهر عدم الفرق بینها و بین الأبوال الطاهرة، لانتفاء المالیة فیهما فعلا، و ما یظهر من المصنف (ره) من المیل الی جواز بیع أبوال ما یؤکل لحمها بناء علی جواز شرب أبوالها اختیارا لا یمکن المساعدة علیه، فان شربها ما لم یکن بحیث یبذل باعتباره المال لا یصحح البیع، بل یکون تملک المال بإزائها من أکله بالباطل المحکوم بالفساد فی ظاهر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵

قوله (ره) عدا بعض افراده کبول الإبل الجلالة (۱)

الایة المبارکة، و ذکر السید الخوئی أطال اللّه بقاءه أنه لا دلیل علی حرمته بیع الأبوال النجسة وضعا، فضلا عن حرمته تکلیفا، و ذلک فان الآیة المبارکة ناظرة إلی أسباب تملک مال الغیر التی کانت متعارفة زمان الجاهلیة، من بیع الحصاة و القمار و نحوهما و ان تلک الأسباب کلها باطلة، إلا التجارة عن تراض، و أما أنه یعتبر فی التجارة عن تراض المالیة فی المبیع فلیست الآیة فی مقام بیان مثل تلک الجهة، بل یکفی فی صحة البیع تعلق غرض المشتری بالمبیع حتی لا یکون بذله المال بإزائه سفیها، ثم ذکر أن هذا ایضا لا یعتبر، فإنه لا دلیل علی بطلان البیع السفهی، بل الدلیل دل علی بطلان بیع السفیه، و فیه أن عنوان أکل مال الغیر بالباطل کسائر العناوین التی تعلق بها الحکم الشرعی فی خطابات الشارع فی کون مدلولها ثبوت الحکم لعنوان الموضوع بنحو القضیة الحقیقیة، فإن حمل الخطاب علی ثبوت الحکم لعنوان بنحو القضیة الخارجیة أو علی أخذ العنوان مشیرا الی عنوان آخر یکون هو الموضوع فی الحقیقة یحتاج إلی قرینة.

و الحاصل ان ظاهر الآیة هو أن عنوان تملک مال الغیر بالباطل فی اعتبار العقلاء فیما إذا تحقق یکون محکوما بالفساد شرعا، و صدق العنوان علی تملک المال بإزاء بول الحمار مثلا فضلا عن الأبوال النجسة کبول الکلب لا یحتاج إلی تأمل، و معه لا یحصل فیه عنوان البیع حتی یحکم بحله، فضلا عن عنوان التجارة عن تراض.

(۱) الاستثناء راجع الی عدم النفع المحلل، و لکنه غیر صحیح، و ذلک فان بول الإبل الجلالة أو الموطوئة بناء علی نجاسته کما هو الصحیح یجری فیه ما جری فی سائر الأبوال النجسة حتی الوجه الثالث، حیث أن تصویر جواز التداوی بالبول المزبور- فی مورد الانحصار به و عدم التمکن من بول الإبل الآخر- لا یوجب کونه من المنفعة المحللة التی توجب المالیة، ثم ان ظاهر کلام المصنف (ره)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶

قوله (ره) فالظاهر جواز بیعها (۱) قوله (ره) و بالجملة فالانتفاع بالشیء حال الضرورة (۲)

أیضا نجاسة البول المزبور کما هو مقتضی التعرض له فی بیع الأبوال النجسة، نعم زعم عدم جریان الوجه الثالث فیه.

(۱) قد ذکرنا أن مجرد جواز شرب شیء أو أکله لا یوجب جواز بیعه و أخذ المال بعوضه، کما أن مجرد عدم جواز أکل شیء أو شربه لا یوجب بطلان بیعه، بل لا بد من کون الشرب أو الأکل منفعة مقصودة للعقلاء بحیث یبذلون العوض له بلحاظهما و لا یعتبر فی المنفعة المقصودة عدم اختصاصهما بحال و عمومهما لجمیع الأحوال فلاحظ الأثر الظاهر للثوب السمیک المنسوج من الصوف و الوبر حیث ان ذلک الأثر مقصود فی حال البرد لا مطلقا، و من ذلک القبیل الأدویة و العقاقیر المتعارفة لأن المنفعة المقصودة منها مختصة بحال المرض لا مطلقا، و لو فرض عدم جواز استعمالها فی غیر حال المرض، فهذا النحو من تحریم الأکل و الشرب لا یوجب بطلان بیعها و شرائها، بل الموجب له هو ما إذا کان التحریم راجعا إلی المنفعة المقصودة کما ذکرنا.

و مما ذکرنا یظهر أنه لو کانت المنفعة المقصودة من الشیء منحصرة بالانتفاع به فی خصوص حالة الاضطرار الرافع للتکلیف کفت

فی جواز بیعه و شرائه، کما فی المظلة التی یستعملها الطیار عند الاضطرار الی الهبوط لاحتراق الطائرة و نحوه، و من هذا القبیل الأدویة أو العقاقیر المصنوعة لاستعمالها حالة الاضطرار إلیها، مع کونها نجسة أو فیها ما لا یجوز اکله حتی طبا فی غیر تلک الحالة، و علی ذلک فلو کانت هناک روایة دالة علی أن حرمة أکل شیء أو شربه حال الاختیار موجبة لفساد بیعه، فلا بد من رفع الید عن عمومها فی مثل العقاقیر و الأدویة، فإنه لا یمکن الالتزام ببطلان المعاملات الجاریة علیها و یکون کسائر الموارد التی یرفع فیها الید عن العمومات بالسیرة الجاریة علی خلافها فی بعض إفرادها.

(۲) حاصل ما یذکره فی الفرق بین الأدویة التی لا یجوز استعمالها حال الصحة

لا کتحریم شحوم غیر مأکول اللحم (۱) و الجواب عنه مع ضعفه (۲) اما لجواز شربه اختیارا (۳)

و بین مثل الأبوال الطاهرة التی لا یجوز شربها اختیارا ان الحرمة فی الأول ثابتة لاستعمالها بعنوان أنها ضارة للجسم، و یتبدل هذا العنوان حال المرض، فیکون استعمالها صلاحا للجسم، و هذا بخلاف الأبوال، فإن حرمة شربها بعنوان أنها من الخبائث، و لیس انتفاء الحرمة عن شربها حال التداوی أو غیره لتبدل عنوان الخبیث بالطیب، بل باعتبار الاضطرار الی المحرم، فلا یوجب جواز البیع فی الأدویة لثبوت المالیة لها قیاس الأبوال الطاهرة علیها حتی فیما إذا استعملت للتداوی.

(۱) فی کون المحرم علینا خصوص أکلها لا سائر الانتفاعات من الإسراج بها و نحوه، فیکون الفرق بین الشحوم و اللحوم بأن حرمة الأکل فی الأول لا توجب فساد البیع، بخلاف حرمة أکل الثانی، حیث ان اللحوم منفعتها المقصودة منحصرة بالأکل.

(۲) الجواب عنه مبتدأ و خبره لزوم تخصیص الأکثر، بمعنی أن الأخذ بظاهر النبوی المذکور یلازم تخصیص الأکثر، مع أنه ضعیف سندا و دلالة، و قوله لقصورها تعلیل لضعفه فی جهة دلالته، و لکن تعلیل ضعف دلالته به من قبیل أخذ المدعی دلیلا علیه کما لا یخفی.

(۳) تقدم أن صحة البیع فی شیء لا تدور مدار جواز شربه، بل اللازم کون شربه من المنفعة المقصودة منه بحیث یخرج أخذ المال بإزائه من أکله بالباطل.

و الظاهر أن الشرب حتی فی بول الإبل لیس کذلک، و اما حکم الشرب اختیارا و بلا حاجة إلیه فمقتضی موثقة عمار «۱» عدم الجواز فی بول الإبل و غیره، قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن بول البقر یشربه الرجل؟ قال: ان کان محتاجا الیه یتداوی به

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب: (۵۹) من أبواب الأطعمة المباحة- الحدیث: (۱)

....

یشربه و کذلک أبوال الإبل و الغنم» حیث ان ظاهر التعلیق علی الشرط انتفاء الجواز مع عدم الحاجة، و به یرفع الید عن إطلاق نفی البأس فی مثل روایة أبی البختری «۱» عن جعفر عن أبیه أن النبی (ص) قال: «لا بأس ببول ما أکل لحمه» نعم فی روایة الجعفری «۲» قال: «سمعت أبا الحسن موسی (ع) یقول: أبوال الإبل خیر من ألبانها، و یجعل اللّه الشفاء فی ألبانها» و مقتضی الحکم بکون أبوالها خیرا من ألبانها هو جواز شربه حتی اختیارا، و بلا ضرورة، و بعد وقوع المعارضة بینها و بین المفهوم یرجع الی أصالة الحلیة، و دعوی ان الروایة ناظرة إلی بیان حکم طبی لا شرعی یدفعها أن حمل کلام الشارع علی بیان مجرد الحکم الطبی خلاف الظاهر، و العمدة فی عدم إمکان رفع الید بها عن المفهوم ضعفها سندا، فان فی سندها بکر بن صالح و هو ضعیف، بل و لا یبعد مع فرض المعارضة

الرجوع الى عموم حرمة الخبائث فإن الأبوال منها حتى من المأكول لحمه.
اللهم الا ان يقال لم يعلم شمول الخبائث للابوال الطاهرة، حيث من المحتمل كون معناها الرجس المعبر عنه بالفارسية ب (پليد) فتختص بالنجسة منها أضف الى ذلك انه يمكن القول بعدم المفهوم للشرط الوارد فى الموثقة، فإن اختصاص حرمة فعل بصورة عدم الحاجة اليه و حله معها غير معهود فى الشرع، و الشرط فيها باعتبار أنه لا يكون للإنسان داع الى شرب مثل البول من غير حاجة إليه كالتداوى به ثم ان جواز شرب البول مطلقا أو مع الحاجة الى التداوى به يختص بأبوال ما يؤكل لحمه، و أما الأبوال النجسة فلا يجوز شربها الا مع الاضطرار الرافع للتكليف، و لا يجوز بمجرد الحاجة، و على الجملة الأمر فيها كما فى سائر المحرمات.

---

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (۵۹) من أبواب الأطعمة المباحة الحديث: (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (۵۹) من أبواب الأطعمة المباحة الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج١، ص: ١٩

كما يدل عليه رواية سماعة (١)

[يحرم بيع العذرة]

يحرم بيع العذرة (٢)

---

(١) لا دلالة لرواية سماعة «١» على عدم جواز الشرب مع عدم الحاجة حيث ان الراوى فرض فى سؤاله شربه عند الحاجة لا أنه (ع) أخذه فى الجواب قيدا للجواز كما لا يخفى.

(٢) المنسوب إلى الشهرة عدم جواز بيع العذرة مما لا يؤكل لحمه، و يستدل عليه برواية يعقوب بن شعيب عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «ثمن العذرة من السحت» «٢» و فى سندها على بن مسكين، و لذلك لا يمكن الاعتماد عليها، مع أنها معارضة برواية محمد بن مضارب عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «لا بأس ببيع العذرة» «٣» و قد جمع الطوسى (قده) بينهما بحمل الاولى على عذرة الإنسان، و الثانية على عذرة البهائم، و ذكر المصنف (ره) فى تقريب الجمع المزبور أن الرواية الأولى نص فى عذرة الإنسان و ظاهرة فى غيرها، بعكس الثانية، فيطرح ظاهر كل منهما بنص الأخرى، و أيد التقريب بموثقة سماعة قال: «سأل رجل أبا عبد اللّه (ع) و أنا حاضر، فقال: انى رجل أبيع العذرة فما تقول؟ قال: حرام بيعها و ثمنها، و قال: لا بأس ببيع العذرة» «۴» باعتبار أن الجمع بين الحكم بعدم الجواز و الجواز فى كلام واحد للمخاطب الواحد دليل على أن الموضوع لعدم الجواز غير الموضوع للجواز، فتكون هذه الموثقة قرينة على أن تعارض الروايتين الأولتين ليس باعتبار العلم بعدم ثبوت الحكمين معا، بل باعتبار دلالتهما، فلا يصح فيهما الرجوع الى المرجحات السندية أو الخارجية، كما لا يصح القول بأن الحكم بعد فقد الترجيح هو التخيير بين المتعارضين، أو التساقط، لا طرح ظهور كل منهما

---

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (۵۹) من أبواب الأطعمة المباحة، الحديث: (٧)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (۴٠) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١)

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (۴٠) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٢)

(۴) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (۴٠) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج١، ص: ٢٠

حمل خبر المنع على التقية (١)

كما عليه جمع الطوسى (قده).

أقول: لا يصح جعل الموثقة قرينة على ما ذكر، إذ يحتمل كونها من قبيل الجمع فى الرواية، بأن سمع الراوى الحكمين فى مجلسين و جمع بينهما فى النقل، بل يمكن ايضا كون المخاطب فى أحدهما غير المخاطب فى الآخر، فتكون الموثقة من الروايتين المتعارضتين، و يؤيد ذلك تكرار (قال) و عطفه على الأول و الإتيان بالاسم الظاهر بدل الضمير، حيث أنه لو كان كلاما واحدا لكان الأنسب أن يقول:

(لا بأس ببيعها)، نعم كونها من الجمع فى المروى محتمل ايضا، و لكن اختلاف صدرها و ذيلها يوجب إجمالها، هذا (أولا).

و (ثانيا) أن المتيقن فى الإرادة من الخارج لا- يوجب أن يكون أحد الدليلين نصا فى ذلك المتيقن و ظاهرا فى غيره ليجمع بينهما بالأخذ بذلك المتيقن، و طرح الظاهر، كما إذا ورد مثلا الأمر بإكرام العلماء فى خطاب، و النهى عنه فى خطاب آخر، فان حمل الأول على العادل، و الثانى على الفاسق، بدعوى كون ذلك متيقنا بالإرادة منهما لا يوجب كون الحمل من الجمع العرفى، و مثل الجمع المزبور حمل حرمة البيع و الثمن على الفساد، و حمل نفى البأس على الجواز تكليفا، و ذلك فإنه ليس بأولى من حمل حرمة البيع و تحصيل الثمن على التكليف فقط، و الأخذ بظاهر نفى البأس و هو الإرشاد إلى صحة البيع.

(١) لا- يخفى أن الحكم بجواز بيع العذرة لا يحتاج إلى الرواية، فإن وجود المنفعة المقصودة للعقلاء فى شىء بحيث يبذلون بإزائه المال كاف فى نفوذ بيعه، و المعاملة عليه، و قد تقدم أيضا أن مجرد نجاسة شىء لا يوجب فساد بيعه، و لذا يتعين القول بالجواز، مع أن الترجيح للخبر الدال عليه، لان معظم العامة على المنع.

و ما ذكره المصنف (ره) من أن رواية الجواز لا- يجوز الأخذ بها من وجوه لا- يمكن المساعدة عليه، فان مراده بالوجوه يمكن أن يكون ضعف الرواية سندا بمحمد بن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج١، ص: ٢١

[يحرم المعاوضة على الدم]

يحرم المعاوضة على الدم (١)

مضارب، و مخالفتها لفتوى المشهور بالمنع، و كذا مخالفتها للروايات العامة، حيث ذكر فى بعضها عدم جواز بيع وجوه النجس، و لكن ضعف السند مشترك بين الرواية الدالة على الجواز و الدالة على المنع، و لم يعلم أن فتوى المشهور بالمنع هل كان لخلل فى رواية الجواز غير المعارضة المزبورة، و غير ضعف سندها و خلافها للاحتياط كما أن الروايات العامة لا تصلح للاعتماد عليها كما مر، و على الجملة لا فرق بين الأرواث الطاهرة و النجسة فى أن المنفعة المحللة المقصودة كالتسميد بها و استعمالها وقودا كافية فى الحكم بجواز الاكتساب بها.

(١) الأظهر جواز المعاوضة عليه فيما إذا فرضت له منفعة محللة، كما فى يومنا هذا بالإضافة إلى دم الإنسان، فإنه يستعمل فى المعالجة بتزريقه لإنسان آخر يحتاج اليه. و الإجماع التعبدى فى المقام غير حاصل، لاحتمال أن المدرك على تقدير الاتفاق بعض الروايات المتقدمة التى علم حالها، و نقل الإجماع لا يزيد على محصله، و كذا الحال فى غير دم الإنسان من الدماء النجسة المستعملة للتسميد فى المزارع و البساتين و أما مرفوعة أبى يحيى الواسطى «١» الدالة على عدم جواز بيع الدم، فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها،

قال: «مر أمیر المؤمنین (ع) بالقصابین فنهاهم عن بیع سبعهٔ أشیاء من الشاهٔ نهاهم عن بیع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال و الکبد.»

و ما ذکره المصنف (ره) و تبعه السید الخوئی دام بقاؤه- من کون الروایهٔ ناظرهٔ إلی بیع الدم للأکل، و حرمهٔ البیع فی هذا الفرض لا تحتاج الی دلیل خاص، فإنها علی القاعدهٔ- لا یمکن المساعدهٔ علیه، لإطلاق النهی فی الروایهٔ (أولا) و (ثانیا) أن قصد المشتری و علم البائع باستعمال المبیع فی المحرم لا یزید عن بیع العنب مع علم البائع باستعماله المشتری فی التخمیر، و قد التزموا فیه بالجواز.

---

(۱) وسائل الشیعهٔ الجزء (۱۶) الباب (۳۱) من أبواب الأطعمهٔ المحرمهٔ، الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۲

[حرمهٔ بیع المنی]

و الظاهر أن حکمهم (۱)

[یحرم المعاوضهٔ علی المیتهٔ]

یحرم المعاوضهٔ علی المیتهٔ (۲)

---

(۱) أی أن الحکم بأن الولد فی الحیوانات تابع للام متفرع علی أن منی الحیوان لا یکون قابلا لصیرورته ملکا لأحد، و لو کان قابلا له لکان الولد- کالزرع فی ملک الغیر- ملکا لصاحب الفحل، و علی ذلک فلو قیل بأن المنی قابل للتملک کما فی منی الإنسان حیث أن الولد فیه تابع للفحل و یکون ملکا لمالک الفحل، فلا بد فی الحکم بعدم جواز بیع المنی الواقع فی الرحم من التشبث بنجاسته، و لکن هذا التشبث ایضا غیر صحیح، و ذلک فإن المنی الخارج من الباطن الی الباطن کالدم الموجود فی الباطن لا دلیل علی نجاسته. و علل فی الغنیهٔ عدم جواز بیع هذا القسم بالجهالهٔ أو عدم القدرهٔ علی التسلیم ایضا کما فی المنی الموجود فی صلب الفحل المعبر عنه بالعسیب فی مقابل الملاقیح المراد بها الواقع فی الرحم. و المراد بالجهالهٔ عدم العلم بتکون الولد منه، و یؤید المنع فی العسیب النبوی «أن رسول اللّه (ص)، نهی عن خصال تسعهٔ: عن مهر البغی و عن عسیب الدابهٔ یعنی کسب الفحل» «۱».

أقول: و لکن الأظهر جوازه، فإن المنی الموجود فی صلب الفحل- نظیر البذر الذی لا یعلم حاله من جههٔ نموه و عدمه- قابل للبیع، و یکون تسلیمه بإرساله للضرب، و الروایهٔ المزبورهٔ ضعیفهٔ سندا، بل و دلالهٔ، فإن ظاهر کسب الفحل إجارته للضرب، و بما أن إجارته لذلک جائزهٔ- کما هو مدلول بعض الروایات المعتبرهٔ- فلا بد من حمل النهی علی الکراههٔ، و فی صحیحهٔ معاویهٔ بن عمار عن ابی عبد اللّه (ع) قال: «قلت له: أجر التیوس، قال: ان کانت العرب لتعایر به و لا بأس» «۲» و بهذا یظهر الحال فی بیع الملاقیح یعنی المنی المستقر فی رحم الام فیما إذا کان المنی تابعا للفحل، و کان البیع قبل فساده أو استحالته الی الدم.

(۲) ذکر (ره) فی وجه عدم جواز بیع المیتهٔ وجوها: (الأول)- الاخبار العامهٔ المتقدمهٔ کحدیث تحف العقول حیث ذکر فیه عدم جواز بیع النجس و ما نهی عن

---

(۱) وسائل الشیعهٔ، الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۱۳)

(۲) وسائل الشيعة، الجزء (۱۲) الباب: (۱۲) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۳

....

الانتفاع به (الثانى) أنه لا يجوز الانتفاع بالميتة مطلقا سواء كان الانتفاع بما هو مشروط بالطهارة كالأكل أو الشرب أو اللبس فى الصلاة أو كان من غيره من سائر الانتفاعات، كما يظهر ذلك من الاخبار التى ذكر فيها أن الميتة لا ينتفع بها، و إذا كان الانتفاع ممنوعا فتدخل فيما لا نفع فيه، فيكون أخذ الثمن فى مقابلها من اكله بالباطل (الثالث) رواية السكونى حيث عد فيها من السحت ثمن الميتة. و لكن يظهر من بعض الروايات جواز بيع الميتة، كرواية الصيقل قال: «كتبوا الى الرجل:

جعلنا اللّه فداك، انا قوم نعمل السيوف ليست لنا معيشة و لا تجارة غيرها، و نحن مضطرون إليها، و انما علاجنا جلود الميتة و البغال و الحمير الأهلية لا يجوز فى أعمالنا غيرها، فيحل لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسها بأيدينا و ثيابنا و نحن نصلى فى ثيابنا، و نحن محتاجون الى جوابك فى هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا؟ فكتب: اجعل ثوبا للصلاة.» «۱» و ناقش (ره) فى دلالتها على جواز بيع الميتة بما أشار إليه بقوله «و يمكن أن يقال ان مورد السؤال.» و حاصله أنه لم يفرض فى الرواية تعلق البيع بجلود الميتة أو غلاف السيوف مستقلا أو فى ضمن بيع السيوف حتى يكون نفى البأس المستفاد من التقرير دليلا على جواز بيع الميتة، بل غايته دلالتها على جواز الانتفاع بالميتة بجعلها غمدا للسيف الذى يباع بشرط الغمد.

أقول: مورد السؤال فى الرواية شراء الجلود و بيعها و مس تلك الجلود بأيديهم و ثيابهم، حيث أن الصيقل أو ولده لم يكن شغلهم شراء السيوف و بيعها، بل عملها و بيعها، كما أنه لا معنى للسؤال عن مس السيوف بأيديهم و ثيابهم و ترك السؤال عن مس الجلود كما لا يخفى، و ناقش (ره) (ثانيا) بأن دلالة الرواية على جواز بيع الميتة و شرائها بالتقرير و لا اعتبار به، فإنه غير ظاهر فى الرضا خصوصا فى المكاتبات المحتملة للتقية.

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب (۳۸) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۴

و لكن الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز الانتفاع (۱)

و فيه أن مورد السؤال- كما ذكرنا- استعمال الجلود و بيعها و شراؤها و مسها بالأيدى و الثياب و الصلاة فى تلك الثياب، و نهى الامام (ع) فى الجواب عن الصلاة فيها و السكوت عن الباقى ظاهر فى جواز غيرها، و هذا إطلاق مقامى، لا ترك للتعرض لما يكون فى ذهن السامع و إقراره على اعتقاده، كما هو المراد بالتقرير.

و ربما نوقش فى الرواية بوجه ثالث و هو أن المفروض فيها الاضطرار الى الاستعمال، و الكلام فى المقام فى الاختيار، و فيه أن الاضطرار المفروض فيها بمعنى الحاجة، لا الاضطرار الرافع للتكليف، مع أن الاضطرار إلى المعاملة الفاسدة لا يصححها، و بعبارة أخرى عدم جواز بيع الميتة وضعى لا تكليفى، و الاضطرار أو الإكراه يكون رافعا للتكليف لا موجبا لصحة المعاملة.

و الصحيح فى الجواب ان الرواية فى سندها ضعف لجهالة الصيقل و ولده فلا يمكن الاعتماد عليها (لا يقال): (راوى المكاتبة محمد بن عيسى لا الصيقل و أولاده، و الا لكان هكذا قالوا كتبنا الى الرجل، و الحاصل أن ضمير الفاعل فى قال يرجع الى محمد بن عيسى فلا يضر باعتبارها جهالة الصيقل و أولاده، (فإنه يقال) نعم راوى المكاتبة محمد بن عيسى الا أن نقل القضية الراجعة إلى الغير و منها المكاتبة (تارة) يكون بشهود الناقل و حضوره تلك الواقعة و فى مثل ذلك لا يضر جهالة ذلك الغير باعتبار الرواية، و (أخرى) يكون

نقلها بحسب حكايـة نفس ذلك الغير، و فى مثل ذلك تكون جهالـة ذلك الغير موجبـة لسـقوط النقل عن الاعتبار. و رواية محمد بن عيسى من قبيـل الثـانى، كما هو مقتضـى كلمـة عن الداخلـة على ابى القاسم الصـيقل و ولـده فى سـندها، و الا لكان المتعين أن ينقل الطوسى (ره) الرواية هكذا: (محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن عيسى، قال: ان أبا القاسم الصيقل و ولده كتبوا الى الرجل).

(۱) ثم ذكر (ره) أنه لا بأس ببيع الميتة على تقدير الالتزام بجواز الانتفاع بها، كما هو الحال فى الانتفاع بجلودها فى غير ما هو مشروط بالطهارة، فإن حديث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۵

و مما ذكرنا يظهر قوة جواز بيع الميتة (۱)

تحف العقول لاـ ينافى جواز البيع فى الفرض، لأن النهى عن بيع أقسام النجس معلل فيه بعـدم جواز الانتفاع، فلا يشـمل النجس الـذى يجوز الانتفاع به، و كذا الحال فى رواية دعائم الإسـلام، حيث أنها لا تشمل ما يجوز الانتفاع به. و الإجماع على عدم جواز بيع النجس فى فرض عدم جواز الانتفاع، كما يظهر ذلك مما ذكروه فى جواز بيع الزيت النجس للاستصـباح، و فى جواز بيع العبد الكافر و كلب الصيد و نحوه.

(أقول): لم يذكر (ره) وجه رفع يده عن ظاهر رواية السكونى الدالة على بطلان بيع الميتة، كما هو مقتضى كون ثمنها سحتا.

(۱) الأظهر عـدم جواز بيع الميتـة مطلقا حتى مع جواز الانتفاع بها، أما جواز الانتفاع، فلان المنع و ان كان ظاهر بعض الروايات، الا أنه لا بـد من رفع اليـد عن ظهورها بحملها على كراهة الانتفاع، بقرينة ورود الترخيص فى البعض الآخر من الروايات، و فى صـحيحة علی بن المغيرة قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: الميتة ينتفع منها بشىء؟ فقال: لا.» «۱» و موثقة سماعة، قال: «سألته، عن جلود السباع أ ينتفع بها؟ فقال: إذا رميت و سـميت فانتفع بجلده، و اما الميتة فلا» «۲» و صـحيحة الكاهلى، قال: «سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام و أنا عنده، عن قطع أليات الغنم؟

فقـال: لاـ بـأس بقطعها إذا كنت تصـلح بها مالك، ثم قال: ان فى كتاب على عليه السـلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به» «۳» الى غير ذلك، و ربما يحمل النهى فيها على الكراهة بشهادة رواية ابن إدريس عن جامع البزنطى صاحب الرضا عليه السلام قال:

«سألته، عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها و هى أحياء، أ يصلح أن ينتفع بما

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۳۴) من أبواب الأطعمة المحرمة- الحديث: (۱)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۳۴) من أبواب الأطعمة المحرمة- الحديث: (۴)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۶) الباب: (۳۰) من أبواب الذبائح- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۶

....

قطع؟ قال: نعم يذيبها و يسرج بها و لا يأكلها و لا يبيعها» «۱» و رواها أيضا فى قرب الاسـناد عن عبد اللّه بن الحسن عن جده عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام.

و لكن مثل هـذه الروايـة لا تصـلح لرفع اليـد بها عن ظاهر ما تقدم، فان طريق ابن إدريس إلى جامع البزنطى غير معلوم لنا، و فى سند قرب الاسـناد عبـد اللّه بن الحسن العلوى و لم يثبت حاله، كما لا تصـلح لـذلك رواية الصـيقل المتقدمة، لضـعفها على ما تقدم، و ان كانت دلالتها على جواز الانتفاع بل على جواز البيع تامـة، كما لا تصـلح لرفع اليـد عن ظهور ما تقدم رواية أبى بصـير، قال: «سألت أبا

عبد اللّه (ع) عن الصلاة فى الفراء؟ فقال: كان على بن الحسين (ع) رجلا صردا فلا تدفئه فراء الحجاز، لان دباغها بالقرظ، فكان يبعث الى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فإذا حضرت الصلاة ألقاه و القى القميص الذى يليه، فكان يسأل عن ذلك، فيقول: ان أهل العراق يستحلون لباس الجلود الميتة، و يزعمون أن دباغه ذكاته» «۲».

و الوجه فى عدم صلاحها ضعف سندها (أولا)، و عدم ظهور جهة إلقاء الفرو المزبور (ثانيا)، فان الفرو المفروض باعتبار أخذه من بلد الإسلام محكوم بالتذكية، و الاحتياط لا يجرى فى أمثال المقام مما يعلم صحة العمل حتى مع النجاسة الواقعية أو لبس الميتة، كما هو مقتضى حديث لا- تعاد، فلا يصح ما قيل من أن الإلقاء كان للاحتياط، كما أن التعليل و الاستمرار على العمل لا يناسبان القول بأنه عليه السلام كان عالما بعلم الإمامة أن الفرو المزبور من الميتة، بل العمدة فى الحمل على الكراهة صحيحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن الماشية تكون لرجل، فيموت بعضها أ يصلح له بيع جلودها و دباغها و يلبسها؟ قال: لا، و ان

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۶) الباب: (۳۰) من أبواب الذبائح- الحديث: (۴)

(۲) التهذيب الجزء (۲) الباب (۱۱) ما يجوز الصلاة فيه من اللباس، الحديث: (۴)

....

لبسها فلا يصلى فيها» «۱»، فإنها ظاهرة فى جواز لبسها فى غير الصلاة، و أن قوله عليه السلام و ان لبسها استثناء عن النهى، و الا لكان التعبير هكذا: (و لا يلبسها و لا يصلى فيها) ليستفاد منه حرمة اللبس و المانعية للصلاة معا، و مثلها موثقة سماعة، قال: «سألته عن جلد الميتة المملوح و هو الكيمخت؟ فرخص فيه، و قال: ان لم تمسه فهو أفضل» «۲» حيث يحمل الترخيص على الانتفاع باللبس و نحوه لا ما يعم البيع بقرينة النهى عن بيع الميتة فى الصحيحة المتقدمة.

و يؤيد جواز الانتفاع الروايات المتقدمة التى كان فى سندها ضعف، و أما المنع عن بيع الميتة فمضافا إلى صحيحة على بن جعفر المتقدمة يقتضيه ما ورد فى كون ثمن الميتة سحتا «۳» و لكن فى السند ضعفا، لأن السكونى و ان كان لا بأس به على ما ذكره الشيخ فى العدة من أن الأصحاب قد عملوا برواياته، الا- أن الراوى عنه- و هو النوفلى- فيه كلام، و لكن ليس هو على نقل الصدوق فى الخصال راويا عن السكونى، الا أن فى السند موسى بن عمرو، و ليس عندى توثيق له.

و الحاصل أن الرواية مؤيدة و العمدة فى المنع الصحيحة، و هى لا تشمل الأجزاء التى لا تحلها الحياة، و لا الميتة من الحيوان الذى لا يكون له دم، بل لو تم الإطلاق لما تحله الحياة، لرفع اليد عنه بمثل حسنة حريز، قال: «قال أبو عبد اللّه عليه السلام لزرارة و محمد بن مسلم: اللبن و اللبأ و البيضة و الشعر و الصوف و القرن و الناب و الحافر و كل شىء يفصل من الشاة و الدابة فهو ذكى، و ان أخذته منه بعد أن يموت فاغسله و صل فيه» «۴» حيث أن ظاهرها أن مثل المذكورات محكومة بالذكاة، فيجوز أكلها أو لبسها فى الصلاة، الى غير ذلك من أحكام التذكية التى

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۶) الباب: (۳۴) من أبواب الأطعمة المحرمة الحديث: (۶)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۶) الباب: (۳۴) من أبواب الأطعمة المحرمة الحديث: (۸)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۵)

(۴) وسائل الشيعة الجزء (۱۶) الباب (۳۳) من أبواب الأطعمة المحرمة- الحديث (۳)

لم یجز بیعه ایضا (۱) مع أن المروی عن أمیر المؤمنین علیه السلام (۲)

منها جواز البیع.

(۱) بل الأظهر جواز بیع المذکی المشتبه من غیر حاجة الی دلیل خاص علیه، و الوجه فی ذلک أن الانتفاع من المیتة بسائر الانتفاعات غیر المشروطة بالطهارة و التذکیة جائز کما تقدم، سواء کانت المیتة مشتبهة أو ممتازة، کما أنه لا بأس بمثل هذه الانتفاعات من المذکی المشتبه بالمیتة قطعا، و هذه المنفعة المحللة توجب المالیة، غایة الأمر أنه یرفع الید عن ذلک فی المیتة بقیام الدلیل علی المنع عن بیعها، و أما فی ناحیة المذکی المشتبه فلم یقم دلیل علی المنع، فیحکم بصحة بیعه أخذا بالإطلاق فی مثل أحل اللّه البیع، و علی ذلک فیقع البیع فی الفرع المفروض علی المذکی، و یسلم البائع کلا المشتبهین إلی المشتری لیقبض ما یصح بیعه من غیر فرق بین إسلام المشتری و کفره. و لعل ذکر المستحل فی الصحیحتین باعتبار أن المسلم لا یقدم غالبا علی شراء المذکی بداعی الانتفاع بمثل تلک الانتفاعات و هذا بخلاف المستحل فإنه یشتریه، و علم البائع بأن المشتری المستحل یستعمله فی الأکل لا یضر بجواز البیع، کما یأتی فی مسألة بیع العنب ممن یعلم أنه یعمله خمرا.

(۲) رواه فی المستدرک عن الجعفریات، أخبرنا محمد، حدثنی موسی، قال: «حدثنی أبی عن أبیه عن جده جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیه السلام أنه سئل عن شاة مسلوخة و أخری مذبوحة عن عمی علی الراعی أو علی صاحبها، فلا یدری التذکیة من المیتة، قال: یرمی بها جمیعا الی الکلاب» و ظاهرها عدم جواز الانتفاع بالمیتة أصلا، فتکون من الروایات المحمولة علی الکراهة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۹

فافهم (۱) و یمکن حملها علی صورة قصد البائع (۲) و فی مستطرفات السرائر (۳)

---

(۱) لعله إشارة الی أن التفصیل بین المشتبهات و ان کان خلاف ما ذکره (ره) فی الأصول من أنها لا تجری فی أطراف العلم الإجمالی، سواء کانت موافقة لمقتضی العلم الإجمالی بالتکلیف- کما فی المقام- أو مخالفة له، باعتبار أن شمولها لاطرافه یوجب التناقض فی مدلول دلیلها، الا أن القائل بجواز ارتکاب بعض أطراف العلم تخییرا یلتزم بالتفصیل المزبور، فالإشکال علیه بجریان استصحاب عدم التذکیة فی کل منهما مبنی علی ذلک المسلک.

نعم لقائل أن یقول: ان موضوع عدم جواز البیع هی المیتة، لا غیر المذکی، و استصحاب عدم التذکیة لا یثبت عنوان المیتة، فلا بأس باستصحاب عدم کون المبیع میتة، بناء علی عدم تساقط الأصلین المتنافیین معا، للعلم بالتکلیف، بل یجری أحدهما تخییرا، و الحاصل أن مقتضی الأصل جواز بیع أحدهما.

نعم القول بجواز ارتکاب بعض الأطراف فی نفسه ضعیف، و توضیحه موکول الی محله.

(۲) لا یخفی عدم الموجب لذلک، فإنه لم یفرض فی قوله علیه السلام:

(إذا اختلط الذکی بالمیت) فی صحیحة الحلبی اختلاط جمیع أجزاء الحیوان أو اشتباه أحد الحیوانین بالاخر، لیقال: ان المراد منه قصد بیع الأجزاء التی لا تحلها الحیاة بل الکلام المزبور یعم ما إذا کان هناک مقدار من اللحم أو الشحم بعضه مذکی و بعضه میتة و قد اختلطا کما لا یخفی.

(۳) لم یظهر وجه ذکر الروایة فی اشتباه المذکی بالمیتة. و لعل هذا الکلام کان بعد التعرض لروایة الصیقل و قبل قوله: (و لکن الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۰

مع أنها معارضة بما دل (۱) لوجود المقتضی و عدم المانع (۲)

[يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين]

يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين (٣)

الانتفاع) حيث أنه ربما يقع الوهم بأن رواية البزنطى- مثل رواية الصيقل- منافية للأدلة المانعة عن بيع الميتة،
(١) و رواه الكلينى عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن على، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، فقلت: جعلت فداك: ان أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها؟ قال: هى حرام، قلت فنصطبح بها؟ قال: أ ما تعلم أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام» «١» و لا يخفى أن هذه الرواية لا تصلح لمعارضة ما دل على جواز الانتفاع بالميتة، و منه رواية جامع البزنطى، و ذلك فان ظاهر قوله عليه السلام: (و هى حرام) حرمة أكل الاليات المقطوعة، و لذا أعاد السائل السؤال عن سائر الانتفاعات، و مقتضى قوله عليه السلام فى الجواب ثانيا: (أ ما تعلم) كون النهى عن الانتفاعات المزبورة إرشاديا لئلا يبتلى الشخص المستعمل تلك الاليات بنجاسة البدن و الثوب، و الا فلا يكون اصابة اليد أو مس الميتة و لو عمدا حراما تكليفا، بل على تقدير كون المنع عن الانتفاع تكليفا، يحمل على الكراهة جمعا، كما تقدم. و كون المراد بالحرام هى الكراهة ككون المراد بالوجوب الاستحباب غير عزيز فى الروايات.
(٢) لا يخفى أن المانع ما عد فيه ثمن الميتة من السحت، و لا عذر لمثل المصنف (ره) الذى لا يلاحظ سند الروايات فى الإغماض عنها، فإن الإطلاق فيه يعم ميتة ما لا نفس له، الا أن يعتذر بعدم عمل المشهور بهذا الإطلاق.
(٣) يشهد لذلك مثل صحيحة محمد بن مسلم و عبد الرحمن بن ابى عبد اللّه

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١۶) الباب (٣٢) من أبواب الأطعمة المحرمة، الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌١، ص: ٣١

....

معا عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت» «١» فإن الرواية لو لم تكن ظاهرة فى خصوص الكلب الهراش فلا ريب فى أنها تعمه، بل فى ثبوت المالية لكلب الهراش الموجبة لخروج أخذ العوض عليه عن عنوان الأكل بالباطل تأمل. نعم لا- ريب فى جواز التكسب به بمثل من يكون خبرته فى جمع تلك الكلاب و قتلها تحصيلا لراحة الناس، و التكسب بهذا النحو خارج عن مدلول الرواية، و ليس لدينا إجماع تعبدى يمنع عن ذلك، و أما الخنزير فيستفاد فساد بيعه من مثل صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل، فأسلما قبل أن يقبضا الثمن، هل يحل له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: انما له الثمن فلا بأس أن يأخذه» «٢» حيث أن ظاهر السؤال ارتكاز فساد بيع المسلم الخمر أو الخنزير، و انما سأل عن أخذ الثمن باعتبار فرض البيع حال الكفر، و ظاهر الجواب ايضا أن عدم وقوع البيع حال الإسلام و حدوث ملك الثمن حال الكفر موجب لعدم البأس بأخذه. و فى مرسلة ابن ابى عمير عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن نصرانى أسلم و عنده خمر أو خنزير، و عليه دين هل يبيع خمرة أو خنازيره و يقضى دينه؟ قال: لا» «٣» نعم فى حسنة محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام «فى رجل كان له على رجل دراهم، فباع خمرا و خنازير و هو ينظر فقضاه، فقال: لا بأس به أما للمقتضى فحلال، و أما للبائع فحرام» «۴» و لكن لا- بد من حملها على بيع الكافر من مثله، بقرينة ذكر الخمر المحكوم بيعه بالبطلان جزما، فيما إذا كان بايعه مسلما.

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۴) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۶۱) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۷) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱)

(۴) وسائل الشيعة الجزء (۱۴) الباب: (۶۰) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۲

....

و الحاصل أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق الرواية حتى تقع المعارضة بينها و بين ما تقدم، و مثلها صحيحة زرارة عن ابى عبد اللّه عليه السلام «فى الرجل يكون لى عليه الدراهم، فيبيع بها خمرا أو خنزيرا، ثم يقضى منها؟ قال: لا بأس به، أو قال خذها» «۱». و على الجملة فلا بأس بالانتفاع بمثل جلد الخنزير و شعره كما هو مقتضى أصالة الحل، و لكن لا يجوز بيعه، كما تقدم نظير ذلك فى الميتة، و ربما يقال أن جواز الانتفاع بمثل جلده بل جواز بيعه مقتضى بعض الروايات: (منها) رواية سليمان الإسكاف قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن شعر الخنزير يخرز به؟ قال: لا بأس به، و لكن يغسل يده إذا أراد أن يصلى» «۲» و رواية برد الإسكاف، قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن شعر الخنزير يعمل به؟ قال: خذ منه فاغسله بالماء حتى يذهب ثلث الماء و يبقى ثلثاه، ثم اجعله فى فخارة جديدة ليلة باردة، فإن جمد فلا تعمل به، و ان لم يجمد فليس له دسم فاعمل به، و اغسل يدك إذا مسسته عند كل صلاة، قلت و وضوء؟ قال: لا اغسل يدك كما تمس الكلب» «۳» و نحوها غيرها.

و لكن لا يخفى عدم الدلالة فيها على جواز البيع أصلا، فإن العمل بشعر الخنزير حتى فيما إذا كان بنحو الصنعة يمكن وقوعه بنحو الإجارة، بأن يكون الشخص أجيرا للخرازة أو صنع الحمائل من شعر الخنزير، و لا ينحصر الكسب به بالبيع، و بما أن الروايات المشار إليها واردة فى حكم العمل بشعر الخنزير، لا- الكسب به، فلا يمكن دعوى إطلاقها و شمولها لبيع المصنوع من شعر الخنزير كما لا يخفى.

و هذا مع الإغماض عن ضعفها سندا بل دلالة أيضا، فإنه لو جاز الانتفاع بشعر الخنزير،

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۶۰) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۲) الباب: (۱۳) من أبواب النجاسات- الحديث: (۳)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۸) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۳

[و كل مسكر مائع و الفقاع]

و كل مسكر مائع و الفقاع (۱)

فلا يفرق بين كون الشعر دسما أولا، و لا أظن الالتزام بالتفصيل من أحد، و ربما يقال باستفادة جواز الانتفاع من صحيحة زرارة عن ابى عبد اللّه عليه السلام، قال: «سألته عن الحبل يكون من شعر الخنزير يستسقى به الماء من البئر هل يتوضأ من ذلك الماء؟

قال: لا بأس» «۱». و غير خفى أن الحكم بجواز الوضوء لا- يلازم الحكم بجواز استعمال شعر الخنزير كالاستسقاء به من البئر، فإنه يمكن أن يكون الوضوء بالماء المزبور جائزا مع حرمة إخراج ماء البئر بذلك الحبل، كما هو الحال فى الاستسقاء بحبل الغير، فإنه يجوز الوضوء من ذلك الماء مع أنه لا- يمكن الالتزام بجواز إخراج الماء به بلا- اذن مالكه، و بعبارة أخرى لا يستلزم جواز الانتفاع بالوضوء من الماء المزبور على تقدير الاستسقاء جواز استعمال نفس ذلك الشعر أو الاستسقاء به، كما لا يخفى.

(۱) بلا خلاف معروف أو منقول، و قد نزل الفقاع- بل كل مسكر- منزلة الخمر فى بعض الروايات المعتبرة، و مقتضى هذا التنزيل ترتيب جميع آثار الخمر، و فى صحيحة على بن يقطين عن ابى الحسن الماضى عليه السلام- قال: «ان اللّه عز و جل لم يحرم الخمر لاسمها، و لكن حرمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر» «۲».

و فى موثقة ابن فضال، قال: «كتبت الى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع؟ فقال: هو الخمر و فيه حد شارب الخمر» «۳» و قريب منهما غيرهما، و كيف كان فيستفاد من بعض الروايات حرمة المعاملة على المسكر تكليفا و وضعا، ففى موثقة زيد بن على عن آبائه عليهم السلام، قال: «لعن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله الخمر

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۱۴) من أبواب الماء المطلق، الحديث: (۲)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۱۹) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث (۱)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۲۷) من أبواب الأشربة المحرمة الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۴

....

و عاصرها و معتصرها و بائعها و مشتريها و ساقيها و آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحمولة إليه» «۱» حيث أنها دالة على حرمة بيعها تكليفا، كما هو ظاهر لعن بائعها و مشتريها، و فساده وضعا كما هو مقتضى لعن آكل ثمنها، و فى مقابلها صحيحة جميل التى رواها ابن ابى عمير و على بن حديد جميعا عنه قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام يكون لى على الرجل الدراهم، فيعطينى بها خمرا؟ فقال: خذها ثم أفسدها، قال على: و أجعلها خلا» «۲».

و ظاهرها جواز أخذ الخمر و معاوضتها بالدراهم، و قد حملها المصنف (ره) على أحد أمرين: (الأول) إبراء المديون عما عليه من الدراهم و أخذ الخمر مجانا و الانتفاع بها بعد ذلك بجعلها خلا. (و الثانى)- أخذ الخمر أمانة بأن ثبت الحق فيها لمعطيها، ثم يجعلها الأخذ خلا- و يتملك ذلك الخل عن مالكه المديون وكالة أو تقاصا، و لكن كلا الأمرين طرح لظهورها فى مقام المعارضة كما لا يخفى.

و ذكر السيد الخوئى طال بقاؤه أن هذه الرواية عامة من جهة بايع الخمر، أى أنها بإطلاقها تشمل كونه مسلما أو كافرا، و خاصة من جهة المعاملة، حيث أنها بقصد التخليل. و فى مقابل ذلك ما يدل على أنه لا يجوز للمسلم بيع الخمر سواء كان بقصد التخليل أو غيره، و هذا خاص من جهة البائع و عام من جهة المعاملة، فتقع المعارضة بينهما فى البائع المسلم فيما إذا كان بيعه للتخليل، و بعد تساقطهما يرجع الى إطلاق قوله عليه السلام: (ثمن الخمر سحت)، و الرواية المزبورة رواية يونس فى مجوسى باع خمرا أو خنازير الى أن قال: «أسلم رجل و له خمر أو خنازير، ثم مات و هى فى ملكه- الى ان ذكر- و ليس له أى للمسلم أن يبيعه و هو حى و لا يمسكه» «۳» و نحوها

---

(۱) وسائل الشيعة، الجزء (۱۲) الباب: (۵۵) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة، الجزء (۱۷) الباب: (۳۱) من أبواب الأشربة المحرمة: الحديث: (۶)

(۳) وسائل الشيعة، الجزء (۱۲) الباب: (۵۷) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۵

....

مرسلة ابن ابى عمير أو أبى نجران «۱» و فيه أن رواية يونس ضعيفة سندا. نعم مرسلة ابن ابى عمير لا بأس بها على شهادة الشيخ (ره) فى العدة من أنه لا يرسل و لا يروى إلا عن ثقة، حيث أن هذا الكلام منه (ره) توثيق عام لمشايخ ابن ابى عمير لا يرفع اليد عنه الا فى موارد علم فيها نقله عن غير الثقة، و ليس لنا علم- و لو إجمالا- بإرساله عن غير الثقة حتى يمنع هذا العلم عن الأخذ بمرسلاته، نعم بالإضافة إلى رواياته المسندة فروايته فيها عن غير الثقة معلوم إجمالا، و لكن هذا العلم ينحل بالظفر بأشخاص نحتمل انحصار غير الثقة من مشايخه بهم، و لكن سيأتى عدم تمامية ذلك و أنه لا اعتبار لمرسلاته.

و مع الإغماض عن السند فلا يتم ما ذكر، لظهور صحيحة دراج فى جواز شراء الخمر مطلقا، سواء كان بقصد التخليل أو لغاية أخرى، و الأمر بجعل الخمر خلا حكم آخر فى الرواية، و ليس قيدا لجواز شرائها، فإنه فرق بين قوله: (خذها و اجعلها خلا) كما فى الرواية، و بين قوله (خذها إذا جعلتها خلا)، حيث إن الأول كنظائره من الأمر بتغسيل الميت و الصلاة عليه لا يوجب تقييدا فى الحكم الأول، و على ذلك فظاهر الصحيحة جواز شراء الخمر وضعا و تكليفا، فتكون منافية لما دل على حرمة بيعها و فساده، و الترجيح مع الاخبار الدالة على المنع تكليفا و وضعا، لموافقتها للكتاب العزيز الدال على لزوم الاجتناب عن الخمر، باعتبار كونه رجسا، فان لزوم الاجتناب يعم بيعها و شراءها كما لا يخفى.

و ذكر الإيروانى (ره) أن تفسير الإفساد بجعل الخمر خلا من ابن ابى عمير لا من الامام عليه السلام، و لا عبرة بفهم ابن ابى عمير فيما إذا كان ظاهر كلامه

---

(۱) وسائل الشيعة، الجزء (۱۲) الباب: (۵۷) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۶

....

عليه السلام غيره، و ظاهر إفساد الخمر جعلها بحيث لا يرغب فيها حسما لمادة الفساد، فلا دلالة فى الرواية على تجويزه عليه السلام أخذ الخمر بدلا عن الدراهم، ليكون ذلك منافيا لما تقدم من المنع عن بيعها وضعا و تكليفا.

أقول لا- ينبغى الريب فى عدم وجوب اهراق الخمر و جواز جعلها خلا، و يشهد لذلك غير واحد من الروايات كموثقة زرارة قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلا؟ قال لا بأس» «۱» و كيف كان فلا يجب إتلاف الخمر بإهراقها، بل يجوز إفسادها بجعلها خلا- و لو لم يكن ظاهر إفسادها هو التخليل كما فسره به على بن حديد، فلا أقل من حمله على ما يعمه جمعا بينها و بين مثل الموثقة مما دل على جواز أخذها و تخليلها، كما أن ظاهر قوله عليه السلام: خذها فى الجواب عن السؤال عن أخذها بدل الدراهم- هو تجويز المبادلة، و الا لكان اللازم أن يقول عليه السلام خذها و لك ما عليه من الدراهم.

ثم لا- يخفى أن تقييد المسكر بالمائع- فى كلام المصنف (ره) ليس باعتبار أنه لا بأس ببيع المسكر الجامد، باعتبار أن الكلام فى المقام فى عدم جواز بيع النجاسات، و المسكر الجامد بالأصالة- باعتبار عدم نجاسته- خارج عن موضوع البحث، و داخل فيما يأتى مما يحرم التكسب به باعتبار حرمة الانتفاع.

(تنبیه)

لا یخفی أن ما ورد- من أن کل مسکر خمر حکما أو موضوعا- لا یوجب الحکم بحرمة بیع ما یعرف فی زماننا هذا بالاسبیرتو (الکل صنعتی) بل المائع المزبور محکوم بالطهارة للأصل- و بجواز البیع باعتبار المنفعة المقصودة المحللة

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب: (۳۱) من أبواب الأشربة المحرمة- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۷

[یحرم المعاوضة علی الأعیان المتنجسة]

یحرم المعاوضة علی الأعیان المتنجسة (۱)

فیه، و لیس مسکرا بالفعل لتعمه تلک الروایات، و علاجه بالماء أو غیره لتصبح مسکرا غیر محرز و علی تقدیره فلا یضر، لظهورها فی أن الموضوع للنجاسة و الحرمة هو ما یکون مسکرا بالفعل و معدا للإسکار فلاحظ.

(۱) لو لم تکن للمتنجس منفعة محللة مقصودة، کما إذا کانت منفعته المقصودة الأکل أو الشرب، فحرمتهما مع عدم إمکان تطهیره توجب کون أخذ المال فی مقابله من أکله بالباطل. و العجب من المصنف (ره) أنه لم یتعرض لهذا الاستدلال، بل ذکر فی وجه بطلان بیعه روایات تقدم عدم صحة الاعتماد علیها، بل مع الإغماض عما تقدم، فلا یمکن الاستدلال بها علی حکم المقام، فإنه لم تتعلق الحرمة فی خطاب الشرع بنفس المتنجس حتی یعمه قوله: (إذا حرم اللّه شیئا حرم ثمنه) أو قوله فی روایة دعائم الإسلام: (ما کان محرما أصله لم یجز بیعه و شراؤه) بل حرمة شرب المتنجس أو أکله مستفادة مما ورد فی أبواب مختلفة، کالنهی الوارد عن شرب الماء و المضاف المتنجسین، و کالأمر الوارد بإهراق المرق المتنجس و غسل لحمه، و غیر ذلک مما هو إرشاد الی عدم جواز تناول المتنجس.

(لا یقال) یکفی فی تعلق النهی بنفس المتنجس مثل قوله سبحانه یُحِلُّ لَهُمُ الطَّیِّباتِ وَ یُحَرِّمُ عَلَیْهِمُ الْخَبائِثَ «۱» (فإنه یقال) لم یعلم أن المراد بالخبائث الأعیان لیدعی شمولها للأعیان المتنجسة أیضا، بل الظاهر أن المراد بها الأعمال القبیحة و ذوات المفاسد، کما ان المراد بالطیبات خلافها. و هذا مقتضی وصف النبی الأمی بأنه یحل لهم الطیبات و یحرم علیهم الخبائث، حیث أن التعرض فی مقام توصیفه لتحلیله بعض المأکول و المشروب و تحریمه بعضهما الأخر دون سائر ما جاء به من الأحکام غیر مناسب، و لو لم یکن ما ذکرنا ظاهرا فلا أقل من الاحتمال. کیف؟ و قد

---

(۱) سورة الأعراف (۷) الآیة (۱۵۶)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۸

قیل بعدم جواز بیع المسوخ من أجل نجاستها (۱)

[المستثنی من الأعیان النجسة]

[یجوز بیع المملوک الکافر]

یجوز بیع المملوک الکافر (۲)

ذکر الخبائث فی قوله سبحانه نَجَّیْنٰاهُ مِنَ الْقَرْیَةِ الَّتِی کٰانَتْ تَعْمَلُ الْخَبٰائِثَ «۱» و المراد به الفعل القبیح بلا شبهة.

و علی الجملة لم یثبت أن الخبیث نفس المتنجس، بل هو أکله و شربه، هذا کله بالإضافة الی ما لا یقبل التطهیر. و اما ما یقبل التطهیر کالحلیب المتنجس یعمل جبنا و یطهر ذلک الجبن بالغسل، فلا بأس ببیعه، و لا یکون مجرد تنجسه مانعا عنه، لان المتنجس لا یزید علی الأعیان النجسة التی ذکرنا صحة بیعها مع المنفعة المقصودة المحللة لها.

(۱) قال فی المبسوط لا یجوز بیع الأعیان النجسة کالکلب و الخنزیر و جمیع المسوخ، و فی الخلاف لا یجوز بیع القرد للإجماع علی أنه مسخ نجس، و ذکر فی أطعمة الکتاب أن المسوخ کلها نجسة انتهی. و لکن الأظهر طهارتها فإنها مقتضی الأخبار المعتبرة الموجبة لحمل ما ورد فی ترک سؤر المسوخ علی التنزه، و علیه فلو قیل بعدم جواز بیعها یکون محل التعرض له القسم الثانی مما یجوز بیعه باعتبار عدم المنفعة المحللة المقصودة فیه.

(۲) یجوز بیع الکافر بلا خلاف ظاهر، بل ادعی الإجماع علی الجواز، و لیس الإجماع بعیدا، و یمکن تحصیله بالتتبع فی الموارد المناسبة لمسألة جواز بیع العبد الکافر من جواز استرقاق الکفار و لو بأسرهم، حیث أن الکافر یملک بالاسترقاق و جواز البیع من آثار الملک، و من جواز شراء بعض الکفار من بعضهم کما فیما إذا باع الکافر الحربی ولده، فیجوز للمسلم شراؤه، و من ان العبد إذا أسلم علی مولاه الکافر یباع علیه، فإنه یستفاد من المذکور فی تلک المسألة أنه یجوز للکافر بیع عبده قبل إسلامه، و یجبر علی البیع بعد إسلامه، و من جواز عتق العبد الکافر

---

(۱) سورة الأنبیاء (۲۱) الایة (۷۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۹

عدا ما یظهر من بعض الأساطین (۱) و ان کان عن فطرة علی اشکال (۲) ثم ذکر المحارب الذی لا تقبل توبته (۳)

الموقوف علی تملک العبد أولا بالشراء أو غیره، و من تجویزهم بیع المرتد، و من حکمهم بخیار الفسخ للمشتری فیما إذا ظهر کفر العبد المشتری علی ظاهر الإسلام، حیث أنه لو لم یصح بیع الکافر لکان البیع باطلا لا خیاریا الی غیر ذلک.

(۱) کأن مراد بعض الأساطین أن المرتد الفطری لا یسقط عنه القتل، و لکن إذا تاب یحکم بإسلامه أی یجری علیه أحکام الإسلام. و من تلک الأحکام طهارته، فیجوز بیعه، و أما إذا لم نقل بقبول توبته ای بعدم جریان أحکام الإسلام علیه فلا یجوز بیعه حتی بعد توبته، لکونه نجسا کسائر الکفار.

(۲) ای علی اشکال فی رهنه، و وجه الاشکال- علی ما فی جامع المقاصد- هو أن جواز بیع المرتد یوجب جواز رهنه بطریق أولی، باعتبار أن البیع من العقود اللازمة، فجوازه یوجب جواز العقد الجائز، و من أن المقصود بالبیع مجرد ملک العین. و هذا یحصل فی المرتد ایضا، بخلاف الرهن، فإنها الوثیقة علی الدین و المرتد فی معرض القتل، اما مطلقا، کما فی الفطری، أو مع عدم توبته، کما فی الملی، فلا یحصل الوثوق المعتبر فی حقیقة الرهن.

(۳) المراد بالمحارب المحکوم بالقتل من شهر السلاح علی الناس لاخافتهم فی المصر أو خارجه، سواء کان مسلما أو کافرا حرا أو عبدا، و إذا تاب هذا المحارب و أظهر الندم علی فعله قبل القدرة علیه، سقط عنه الحد. و أما إظهاره الندم بعد القدرة علیه، فلا یوجب سقوط الحد، کما یفصح عن ذلک قوله سبحانه إِلَّا الَّذِینَ تٰابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَیْهِمْ، فَاعْلَمُوا أَنَّ اللّٰهَ غَفُورٌ رَحِیمٌ «۱».

ثم إذا کان المحارب عبدا یجوز بیعه، و لا یکون الحکم علیه بالقتل موجبا

(۱) سورة المائدة (۵) الاية (۳۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۱، ص: ۴۰

[يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش]

من غير ظاهر إطلاق المقنعة و النهاية (۱)

لسقوطه عن الملك و المالية رأسا، حيث أن له منفعة مقصودة و أقلها عتقه فى كفارة و نحوها، فيكون نظير العبد المرتد الفطرى كما لا يخفى.

(۱) اى ان بيع كلب الصيد من غير السلوقى جائز إلا فى ظاهر الكتابين، فان المستفاد منهما عدم جواز بيع غير الكلب السلوقى، و هذا بإطلاقه يعم كلب الصيد غير السلوقى، ثم ان الإطلاقات الدالة على بطلان بيع الكلب و كون ثمنه سحتا تامة، و لا بد فى رفع اليد عنها من ثبوت الحجة على تقييدها. و الصحيح ثبوتها بالإضافة إلى كلب الصيد سلوقيا كان أو غيره، كصحيحة عبد الرحمن بن ابى عبد اللّه و محمد ابن مسلم معا عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت» «۱» فان مقتضى التقييد بالذى لا يصيد جواز بيع كلب الصيد، و بمثلها يرفع اليد عن إطلاق مثل صحيحة إبراهيم بن ابى البلاد، قال: «قلت لأبى الحسن الأول (ع): جعلت فداك ان رجلا من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر الف دينار، و قد جعل لك ثلثها، فقال لا حاجة لى فيها ان ثمن الكلب و المغنية سحت» «۲» و نحوها غيرها.

(لا يقال): ان ما دل على جواز بيع كلب الصيد منصرف إلى السلوقى، (فإنه يقال): لا موجب لتوهم الانصراف الا غلبة الاصطياد به خارجا، و الغلبة ممنوعة أولا، و لا توجب الانصراف ثانيا، بل الموجب له كثرة الاستعمال و غلبته، بحيث توجب أنس الأذهان من المطلق به.

و ذكر المصنف (ره) أنه على تقدير الانصراف بغلبة الوجود، فلا تتم دعوى الانصراف فى مثل قوله (ع) فى الصحيحة «ثمن الكلب الذى لا يصيد أو ليس بكلب الصيد» مما يكون الموضوع للفساد هو الكلب الذى يصح سلب مبدأ الاصطياد عنه، فإنه لا يصح سلب المبدأ عن كلب الصيد، و لو كان من غير السلوقى، و هذا بخلاف

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۴) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۱، ص: ۴۱

و يؤيد بما عن المنتهى (۱)

ما يكون فيه الموضوع لصحة بيعه هو الكلب الموصوف بالاصطياد به أو المضاف الى عنوان الصيد، فان توهم الانصراف فيهما باعتبار غلبة الوجود ممكن.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا فرق بين إثبات المبدأ و الوصف و بين نفيهما، و ذلك فإنه لو كان الوصف أو المبدأ فى طرف الإثبات منصرفا الى نوعه الغالب يكون فى نفيه ايضا كذلك، بمعنى أنه يكون المسلوب ذلك النوع الخاص، و الحاصل أنه يصح نفى كلب الصيد عن غير السلوقى إذا كان فى طرف إثباته منصرفا إلى السلوقى.

(۱) ذکر فی المنتهی ما حاصله أن الموجود فی کلام المفید و الشیخ (رحمهما اللّه) جواز بیع الکلب السلوقی، و مرادهما بالسلوقی مطلق کلب الصید، و ذلک فان غالب کلاب السلوق و هی قریهٔ فی الیمن صیود، و بهذا الاعتبار ینسب کلب الصید الی تلک القریهٔ، و یطلق علی کلب الصید أنه سلوقی، و یحتمل أن یکون مراد المنتهی أن المذکور فی کلام المفید و الشیخ و ان کان مطلق السلوقی، الا أن مرادهما الصیود منه لا مطلق کلاب تلک القریهٔ، و أطلق فی العبارهٔ و لم یقید السلوقی بالصیود باعتبار التغلیب، حیث أن أکثر کلاب تلک القریهٔ معلمهٔ، و هذا الاحتمال فی عبارهٔ المنتهی ضعیف، و لذا ذکر المصنف (ره) أن الأظهر فی عبارته هو الأول، و الوجه فی ضعفه أن الأنسب- علی ذلک الاحتمال- أن یکون التفریع علی التعلیل هکذا، فأطلق المنسوب إلیها و لم یقید بالصیود، مع أن التفریع الموجود هکذا، فنسب الکلب إلیها أی نسب کلب الصید إلیها. و بعبارهٔ أخری عبر عن مطلق کلب الصید بالکلب السلوقی. ثم ان مقتضی الإطلاقات عدم جواز بیع الصغار من الکلاب التی لا تصلح فعلا للصید و تصلح له بعد کبرها و تعلیمها، و الوجه فی ذلک ظهور الوصف فی الروایات المقیدهٔ فی الصالح للصید فعلا و اما الصالح بالإمکان و معلقا علی الکبر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۲

و ظاهر الفقرهٔ الأخیرهٔ (۱) لکون المنقول مضمون الروایهٔ (۲) بل ظهور الاتفاق (۳)

و التعلیم، فباق فی الإطلاقات المانعهٔ و القاضیهٔ بأن ثمن الکلب سحت.

(۱) المراد بالفقرهٔ الأولی (قوله لا بأس بشراء الکلب الصائد و الحارس للماشیهٔ و الزرع) کما أن المراد بالفقرهٔ الأخیرهٔ (قوله لا خیر فی الکلب فیما عدا الصیود و الحارس) فان کان مراد ابن الجنید من الحارس فی هذه الفقرهٔ الأخیرهٔ عین ما ذکره فی الفقرهٔ الأولی فلازم ذلک اختصاص جواز البیع بالحارس للماشیهٔ و الزرع، و عدم شموله الحارس لغیرهما، و ان کان مراده معناه المطلق، فیعم الجواز جمیع أقسام الحارس.

(۲) یرید بیان قصور دلالهٔ المرسلهٔ. و تقریره أن المروی علی تقدیر کونه منقولا باللفظ أو بما یرادفه أو ترجمته و لو بلغهٔ اخری یکون النقل مع ثقهٔ الناقل حجهٔ، لأن احتمال الاشتباه فی الترجمهٔ أو الإتیان بغیر المرادف مدفوع بسیرهٔ العقلاء الجاریهٔ فی الاعتناء باخبار الثقات حتی فی مثل هذه الموارد، بخلاف ما إذا کان المنقول مضمون الکلام و حاصله، فإنه لا یخلو من إظهار الرأی فی کلام الغیر، و لذا لو کان المخبر بالمضمون ثقهٔ کمال الثقهٔ لم یکن اعتبار قوله الا من باب حجیهٔ الرأی، و نقل الشیخ (ره) فی المقام من هذا القبیل، فان قوله (ره) (أنه روی ذلک) لا یحتمل کونه متن الروایهٔ، و علی ذلک یکون فتوی المشهور بالجواز جائزهٔ لقصور المرسلهٔ فی جهhٔ دلالتها ایضا حیث یظهر من افتائهم أن تلک الروایهٔ کانت ظاهرهٔ فی الجواز، و هذا بعد إحراز أن مستند حکمهم تلک الروایهٔ بعینها.

(۳) یعنی قصور سند المرسلهٔ و دلالتها منجبر بالإجماع الظاهر من قول الشیخ (ره) فی کتاب الإجارهٔ و هو أن أحدا لم یفرق بین بیع هذه الکلاب و إجارتها مع ملاحظهٔ الاتفاق علی صحهٔ إجارتها، و الظاهر من قول العلامهٔ (ره) فی التذکرهٔ من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۳

....

انه یجوز بیع هذه الکلاب عندنا، و الظاهر من الکلام المحکی عن الشهید (ره) فی الحواشی حیث ذکر فیها أن أحدا لم یفرق بین الکلاب الأربعهٔ.

أقول قد ظهر مما ذکرنا الی هنا أن مقتضی الأدلهٔ الالتزام بعدم جواز بیع غیر الکلب الصالح فعلا للصید و ما تقدم من مرسلهٔ الشیخ (ره) لا یزید علی سائر المرسلات التی لا یمکن الاعتماد علیها.

(لا ـ يقال) لا ـ يمكن التمسك فى إثبات بطلان بيع الكلب مطلقا بمثل صحيحة إبراهيم بن ابى البلاد، لعدم الإطلاق فيها باعتبار عدم ورودها فى مقام بيان حكم بيع الكلب، بل فى مقام تحقير الجارية المغنية و تسوية ثمنها مع ثمن الكلب، و كذا لا يمكن التمسك برواية السكونى عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر البغى و الرشوة فى الحكم و أجر الكاهن» «۱» و الوجه فى ذلك عدم الإطلاق لها ايضا باعتبار أنها لم ترد فى بيان الحكم لثمن الكلب حتى يؤخذ بإطلاقه، بل فى مقام تعداد السحت نظير ما ورد فى تعداد الحرام من الكذب و الغيبة و التهمة و الربا و غير ذلك، أو فى تعداد الواجب من أنها الصلاة و الصوم و الحج و الزكاة الى غير ذلك.

و الحاصل انه كما لا دلالة فيما ورد فى تعداد الحرام على كون الربا مثلا بإطلاقه حراما أو أن الحرام قسم خاص منه و لا دلالة فيما ورد فى تعداد الواجب على وجوب الحج بإطلاقه أو أن له شرطا، و لذا لا يمكن التمسك عند الشك فى جزئية شيء أو شرطيته للصلاة مثلا بالإطلاق المزبور فى نفى جزئية ذلك المشكوك فيه أو شرطيته، كذلك لا دلالة فيما ورد فى تعداد السحت، على أن السحت ثمن مطلق الكلب أو ثمن كلب خاص. و على ذلك فلا يصح الحكم ببطلان بيع كلب الزرع أو الماشية أو الحارس أخذا بالإطلاقات المزبورة، و ايضا لا يمكن الحكم بفساد بيعها أخذا

---

(۱) وسائل الشيعة، الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۴۴

....

بمفهوم الوصف فى مثل صحيحة عبد الرحمن و محمد بن مسلم معا، و ذلك فان المراد بالذى يصيد ليس هو خصوص الكلب المعلم للصيد حتى يكون المراد بالذى لا يصيد غير المعلم للصيد، بل المراد به معناه اللغوى و هو الذى يأخذ الحيوان الممتنع، سواء كان مأكول اللحم أولا، حتى إذا كان الأخذ المزبور من الكلب بمقتضى طبعه الذى من السباع، فالكلب الذى لا يصيد هو ما يكون مهملا و عاطلا عن مقتضى طبعه بالمرة بحيث لا يأخذ الحيوان الممتنع، و الحاصل أن الكلاب الأربعة كلها من كلاب الصيد و يصح بيعها كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود و إطلاق دليل حل البيع، و الفاسد بيعه هو الكلب الهراش العاطل عن مقتضى طبعه بالمرة و الساقط عن درجة كونه سبعا.

(فإنه يقال): لا بد من الحكم ببطلان بيع كلب الماشية أو الزرع أو الحارس و نحوها بمقتضى الإطلاق فيما ورد فى كون ثمن الكلب سحتا و بمقتضى التقييد فيما ورد من عموم جواز بيع الكلب الذى لا يصيد، و ذلك فان الخطاب الدال على الحكم لموضوع يحمل على كون المتكلم به فى مقام البيان من جهة القيود المحتملة للحكم و موضوعه الا ـ مع القرينة على الخلاف، و من القرينة على الخلاف ما إذا تعلق الوجوب أو الحرمة بأفعال مختلفة ثم ورد خطاب آخر فى تعداد تلك الواجبات و المحرمات المبينة فى الخطابات السابقة: و أما إذا كان بيان وجوبها أو حرمتها بذلك الخطاب الجامع فلا بأس بالأخذ بالإطلاق فيه فى ناحية الحكم و موضوعه.

مثلا ـ إذا ورد فى الخطاب أن من الحرام الرشا فى الحكم و الغيبة و الكذب و الغناء حمل على كونه بيانا لحرمة تلك الأفعال، فيؤخذ بالإطلاق فى ناحية الحرمة و متعلقها، لما تقدم من أن الأصل فى الخطاب الدال على الحكم و موضوعه صدوره فى مقام بيان ذلك الحكم من جهة متعلق الحكم، فيؤخذ بإطلاقه من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۴۵

بأن الدية لو لم تدل (۱)

سائر الجهات، کما إذا کان متعلق الحکم فی الخطاب من الأمور التی لا یعرفها العرف کالعبادات، مثل ما ورد فی بناء الإسلام علی الخمس: (الصلاة و الزکاة و الصوم و الحج و الولایة) حیث أن عدم معرفة العرف بتلک العبادات قرینة علی أنها لیست فی مقام بیانها من جهة اجزائها و شرائطها، بل فی مقام بیان اهمیتها بالإضافة إلی سائر الوظائف و الواجبات، و لذا یمکن التمسک فی إثبات کون الأهم کل الفرائض الیومیة بلا فرق بین صلاة و اخری بإطلاق المتعلق من هذه الجهة کما لا یخفی.

و الحاصل أنه لا قرینة علی أن مثل روایة السکونی الواردة فی أن ثمن المیتة أو الخمر أو الکلب و غیرها من السحت فی مقام تعداد ما ثبت کونه سحتا بالخطابات الأخری لنحتاج فی تعیین ما هو السحت سعة و ضیقا إلی ملاحظة تلک الخطابات، بل الظاهر أن الروایة فی مقام بیان أن المذکورات محکومة بکونها سحتا، فیؤخذ بالإطلاق فی ناحیة الخمر و الکلب و المیتة و غیرها، کما أن صحیحة إبراهیم بن ابی البلاد ورودها فی مقام الجواب عن سؤال ثمن الجاریة المغنیة لا ینافی کونها فی مقام بیان حکم ثمن الکلب ایضا، و ایضا لیس المراد بالصید فی مثل قوله الکلب الذی لا یصید أو یصید مطلق صید الحیوان، فإنه لا یقع البیع و الشراء خارجا علی الکلاب المهملة الساقطة عن مقتضی طبعها بالمرة لیحتاج فی المنع عن بیعها فی الروایات المتعددة إلی التقیید المزبور، بل المراد بالذی یصید هو الصالح لإرساله للصید فعلا، نظیر ما یقال عن الحیوان الصالح فعلا للرکوب أنه یرکب، و فی مثل هذا یحتاج المنع عن بیع غیره الی التقیید فلاحظ.

(۱) الصحیح أنه لا دلالة لتعیین الدیة علی المالیة و لا علی عدمها و ذلک لثبوت الدیة فی قتل العبد مع کونه مالا و فی الحر مع عدم کونه ملکا أو مالا، نعم فی المالیات مقتضی قاعدة الإتلاف ضمان القیمة فی مورد لم تثبت فیه الدیة، هذا مع أن فی ثبوت الدیة فی غیر السلوقی تأملا، لضعف الروایة الدالة علیها و أما الدالة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۶

و أما کلام ابن زهرة فهو مختل (۱)

علی أن دیة السلوقی أربعون درهما فروایة معتبرة «۱».

(۱) و بیانه ان المصنف (ره) قد صحح فیما تقدم کلام ابن زهرة بحمل الکلب المعلم للصید فیه علی المثال و وجه التصحیح أن ابن زهرة ذکر فی وجه عدم جواز بیع النجس عدم جواز الانتفاع به و استثنی عن حرمة بیعه شیئین (أحدهما)- الکلب المعلم للصید و (ثانیهما) الزیت، و قال بورود الترخیص فی الانتفاع بالزیت المتنجس للاستصباح، و بما أن الانتفاع بکلب الماشیة و نحوها ککلب الصید جائز، فیکون مقتضی ذلک جواز بیعهما ایضا، فیحمل الکلب المعلم للصید فی کلامه علی المثال، و یذکر المصنف فعلا أن التصحیح غیر مفید، و کلام ابن زهرة مختل علی کل حال أی سواء حمل الکلب المعلم للصید فیه علی المثال أو لا، فإنه إذا لم یحمل علی المثال فیرد علیه أنه لا وجه لتخصیص جواز البیع بکلب الصید مع جریان وجه الجواز عنده فی کلب الماشیة و غیرها أیضا، و أن حمل علی المثال بما یجوز بیعه من الکلاب فلا وجه لإهمال العبد الکافر و الاقتصار فی الاستثناء علی کلب الصید و الزیت المتنجس. اللهم إلا أن یدفع هذا الخلل بحمل کلب الصید فی کلامه علی المثال لمطلق النجس الذی یجوز الانتفاع به، بحیث یعم العبد الکافر ایضا و یکون ذکر الزیت بعد ذلک لورود النص الخاص فی جواز الانتفاع به.

أقول: یمکن أن یکون ذکر کلب الصید للمثال للکلاب الأربعة، و إهماله العبد الکافر لعدم قوله (ره) بنجاسته، فلا بد من ملاحظة ما ذکره فی مسألة نجاسة الکافر.

و المتحصل فی المقام أنه لا یجوز بیع غیر کلب الصید من سائر الکلاب أخذا بالإطلاق السابق و بمقتضی التقیید فی مثل صحیحة عبد الرحمن المتقدمة نعم لا بأس

---

(۱) وسائل الشیعة- الجزء (۱۹) الباب: (۱۹) من أبواب دیات النفس- الحدیث: (۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۷

[الأقوی جواز المعاوضة علی العصیر العنبی]

الأقوی جواز المعاوضة علی العصیر العنبی (۱)

بإجارتها اوهبتها الی غیر ذلک من المعاملات التی لا تندرج فی عنوان البیع کما هو مقتضی عموم الوفاء بالعقود و نفوذ الصلح و الهبة أو نحوها کما لا یخفی، بقی فی المقام أمر و هو انه لیس المراد بالصیود و الذی یصید تلبس الکلب فعلا بالصید بان یکون حال البیع مرسلا الی الصید للقطع بعدم اعتبار هذا التلبس فی جواز بیعه بل المراد هو الصالح للاستعمال فی الصید فی مقابل مالا یصید، و المراد بکلب الصید اما الکلب الذی یستعمل فعلا فی الصید بحیث یکون شغله الفعلی هو الصید نظیر کلب الماشیة أو الزرع حیث یکون ظاهرهما ما شغله حراسة الزرع أو الماشیة، فیکون الصیود أو الذی یصید أعم مطلقا من کلب الصید، و یکون المراد بکلب الصید عین المراد من الصیود، و بینهما تساو، و علی کل فموضوع عدم الجواز فی صحیحة عبد الرحمن هو الکلب الذی لا یصید إی لا یصلح لاستعماله فی الصید.

و أما الصالح له فیجوز بیعه، سواء کان مع صلاحه له حارسا للزرع و نحوه أیضا أو لا، و الذی لا یجوز بیعه من کلب الماشیة أو الزرع أو الحائط ما لا یکون صالحا فعلا لاستعماله فی الصید، و ایضا الکلاب القابلة للصید، بعد کبرها و تعلیمها، باعتبار أن عدم فعلیة الصلاح فیها داخلة فی المطلقات القاضیة بأن ثمن الکلب سحت، بل یصح أن یقال إنها لا تصید، فیعمها قوله (ع): «ثمن الکلب الذی لا یصید سحت» و احتمال- کون المراد بالصیود معنی یعم ما له الاستعداد للصید و لو لم یکن فعلا صالحا له- ضعیف: و علی تقدیر الإغماض یکون معنی الصیود أو الذی یصید أو لا یصید مجملا مرددا بین الأقل و الأکثر، فیرجع فی غیر الصالح فعلا إلی إطلاق ما دل علی کون ثمن الکلب سحتا».

(۱) لا یخفی أنه لا یحکم بنجاسة العصیر العنبی بنشیشه أو غلیانه، سواء کان ذلک بالنار أو بالشمس أو بنفسه، و انما یحکم بنجاسته، فیما إذا صار خمرا، و الحکم بالطهارة مقتضی الأصل فی الأشیاء، و لکن المنسوب الی المشهور نجاسته بنشیشه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۸

....

أو غلیانه، و ذلک لصحیحتین: (الأولی) صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج عن ابی- عبد اللّه (ع) قال: قال رسول اللّه (ص): «الخمر من خمسة: العصیر من الکرم، و النقیع من الزبیب، و البتع من العصل، و المرز من الشعیر، و النبیذ من التمر» «۱».

و فیه أنه لیس مفادها أن عصیر الکرم بإطلاقه خمر، بل أن الخمر المحکوم بالنجاسة و حرمة الشرب و عدم جواز بیعها تحصل منه کحصولها من الأربعة الباقیة، و لذا لا یمکن الالتزام بدلالتها علی کون عصیر العنب خمرا حتی مع عدم غلیانه، و کذا الحال فی الزبیب و أنه خمر فیما إذا القی فی الماء حتی یدخل الماء فی جوفه و یصیر نقیعا.

و الحاصل أن مفاد الروایة أن المأخوذ من غیر الخمسة لا یکون خمرا و لا یختص الخمر بالمأخوذ من بعض هذه الخمسة، کما کان علیه فتاوی العامة علی ما قیل (الثانیة) صحیحة معاویة بن عمار قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل من أهل المعرفة یأتینی بالبختج، و یقول قد طبخ علی الثلث و أنا أعرفه أنه یشربه علی النصف أ فأشربه بقوله و هو یشربه علی النصف؟ قال خمر لا تشربه» «۲» حیث أن الحکم بکون العصیر خمرا مقتضاه ثبوت جمیع أحکامها له و منها نجاستها و عدم جواز بیعها و فیه أولا أن الموجود فی روایة

الکلینی (فقال لا تشربه) بلا ذکر لفظ خمر بل الظاهر أن نسخ التهذیب کانت مختلفة و کانت الزیادة فی بعضها و لذا نقل فی الوسائل الروایة عن الکافی أولا، ثم قال و رواه الشیخ (ره) بلا تعرض منه لزیادة لفظ خمر فی روایة التهذیب:
و الحاصل أنه لم تثبت لفظة خمر فی روایة الشیخ (ره)، بل علی تقدیره یکون خلو روایة الکافی موجبا لعدم ثبوته لا لترجیح روایة الکافی، و کون روایاته أضبط حتی یقال لا دلیل علی الترجیح، بعد کون کل منهما خبر عدل یدخل فی دلیل اعتبار

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب: (۱) من أبواب الأشربة المحرمة- الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب: (۷) من أبواب الأشربة المحرمة- الحدیث: (۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۹

وجب علیه غرامة الثلثین (۱)

خبر العدل لو لا- الآخر، بل باعتبار أن عدم اللفظ فی أحد النقلین فی المقام لیس من اختلافهما بالأقل و الأکثر فی النقل حتی یؤخذ بالثانی، و یقال أن راوی الأقل لا- ینفی الزائد فإن الظاهر فی مثل المقام مما یوجب وجود للفظ فی أحدهما اختلاف المضمون أن الراوی بلا زیادة ینفی وجودها.
أضف الی ذلک أنه علی تقدیر ثبوت لفظ الخمر فی النقلین لا یصح الحکم بنجاسة العصیر قبل ذهاب ثلثیه، و ذلک فان قوله خمر لا تشربه لیس بیانا للحکم الواقعی للعصیر، بل الحکم الواقعی له کان معلوما لدی السائل، و إنما سأل الإمام علیه السلام عن الشبهة الموضوعیة و اعتبار اخبار ذی الید فیها.
و الحاصل ان الروایة غیر ناظرة إلی بیان الحکم الواقعی للعصیر بعد غلیانه حتی یؤخذ بإطلاق التنزیل و کونه خمرا، بل هی ناظرة إلی بیان الحکم الظاهری، و أنه عند الجهل بحال العصیر لا یعتنی باخبار ذی الید الذی لا یعتقد حل العصیر بذهاب ثلثیه. و من الظاهر أن الحکم الظاهری تابع للحکم الواقعی، فإن کان التنزیل فی خطاب الحکم الواقعی من جمیع الجهات، کان الحکم الظاهری أیضا کذلک، و لو کان من جهة حرمة شربه فقط، فلا یمکن کون الحکم الظاهری تنزیلا مطلقا، فلا بد من ملاحظة خطاب الحکم الواقعی لا التمسک بإطلاق خطاب الحکم الظاهری فتدبر.
(۱) بل الأصح ضمان تفاوت قیمتی العصیر بلحاظ قبل غلیانه و بعده، و ذلک فإن الأوصاف- و منها غلیان العصیر و عدمه، و ان لم یکن بالنسبة إلیها ضمان المعاوضة بمعنی انه لا یقع بعض الثمن فی مقابل وصف المبیع و بهذا- یفترق الوصف عن جزء المبیع، إلا أنها تدخل فی ضمان الید أو الإتلاف، و بعبارة أخری کما أن تلف الشیء، أو بعضه فی یده أو إتلافهما علی الآخر یوجب ضمان المثل أو القیمة، کذلک النقص فی الأوصاف.
و قد اعترف المصنف (ره) بان غلیان العصیر فی ید الغاصب لیس من تلف العین کانقلاب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۰

مثل قوله (ع) و إن غلی فلا یحل بیعه (۱)

الخل خمرا حتی یکون ضامنا لأصل المال، و علیه یکون التالف هو وصف عدم الغلیان، فیرجع الی التفاوت بین القیمتین لا إلی غرامة الثلثین و أجرة إذهابهما.
(۱) کما فی روایة أبی کهمس قال: «سأل رجل أبا عبد اللّه (ع) عن العصیر، فقال: لی کرم و أنا أعصره کل سنة و أجعله فی الدنان و أبیعه قبل أن یغلی؟ قال:

لا ـ بأس به، و إن غلا ـ فلا ـ يحل بيعه، ثم قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا، «۱» و هذه لضعف سندها بعدم ثبوت توثيق لأبى كهمس لا ـ يمكن الاعتماد عليها، مع أن ظاهرها بقرينة ما فى ذيلها من قوله (ع): (نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا) ان جهة سؤال الراوى انما هو بيع العصير ممن يجعله خمرا.

و المذكور فى الجواب التفصيل بين بيعه قبل غليانه و بيعه بعده بالجواز فى الأول و عدم الجواز فى الثانى، و مقتضى قوله: (فلا يحل) عدم الجواز حتى مع إعلام الحال للمشترى، و دعوى المصنف (ره)- أنها لا تشمل ما إذا كان البيع بقصد التطهير مع إعلام المشترى بالحال- لا يمكن المساعدة عليها.

و بهذا يظهر الحال فى رواية أبى بصير قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يبتاعه ليطبخه أو يجعله خمرا! قال: إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال، فلا ـ بأس» «۲» مع أن فى سندها قاسم بن محمد الجوهرى عن على ابن أبى حمزة و الظاهر أنه البطائنى، و ذكر السيد الخوئى طال بقاه ان أبا بصير فى نظير الرواية مردد بين ابن البخترى و بين ليث المرادى و كلاهما كوفى و لم يكن فى الكوفة فى ذلك الزمان عنب كثير حتى يباع عصيرة ممن يجعله خمرا أو يطبخه دبسا، فالظاهر أن مراد السائل هو عصير التمر و لا ريب فى جواز بيعه حتى بعد غليانه و قبل كونه خمرا فالرواية أجنبية عن المقام.

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۶- ۲)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۶- ۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۵۱

....

أقول لا يخفى ما فيه (أولا)- كون الراوى كوفيا بحسب الأصل لا يدل على أن سؤاله راجع الى ما يكون فى بلده. و (ثانيا) أنه لا علم لنا بحال الكوفة فى ذلك الزمان من قلة العنب أو كثرته فيها. و (ثالثا) أن تقييد الجواب بقوله: (و هو حلال) ظاهر فى اعتبار عدم الغليان، و إلا كان تأكيدا و إطلاق العصير ينصرف الى عصير العنب. و يظهر ذلك بمراجعة ما ورد فى حكم العصير. و أما مرسلة محمد بن الهيثم عن أبى عبد اللّه (ع)، قال: «سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته أ يشربه صاحبه؟ قال: إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه حتى يذهب ثلثاه، و يبقى ثلثه» «۱» فمع ضعفها بالإرسال و غيره ظاهرها السؤال عن شرب العصير، و ظاهر الجواب بنفى الخير غايته عدم جواز الشرب لا عدم جواز بيعه، فلا نظر فى الرواية إلى المعاملة على العصير أصلا.

و الحاصل أن مقتضى القاعدة جواز بيع العصير بعد غليانه أخذا بمقتضى إطلاق حلية البيع و نفوذه حتى فيما إذا قيل باعتبار حديث تحف العقول الوارد فيه النهى عن بيع وجوه النجس، أو باعتبار النبوى الدال على أن تحريم الشىء يلازم حرمة ثمنه و فساد بيعه، و ذلك فإن النجاسة فى العصير أو الحرمة طارئة ترتفع بذهاب الثلثين، و هذه النجاسة المعبر عنها بقبول الشىء للطهارة غير داخلة فى مدلول الحديث كسائر الأعيان المتنجسة القابلة لها، كما أن مثل الحرمة المزبورة غير داخلة فى مدلول النبوى، و لذا يصح بيع ما يحرم فى حال خاص كحال الإحرام، و الحاصل أن ظاهر النبوى هو ان النهى عن شىء مطلقا بحيث يعم جميع أحواله يلازم فساد بيعه.

ثم إنه لا ـ بأس بالإشارة فى المقام الى حكم العصير العنبى و الزبيبى و التمرى بعد الغليان من حيث الحل و الحرمة، فنقول لا ينبغى الريب فى حرمة شرب العصير

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۲) من أبواب الأشربة المحرمة الحديث: (۷)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۵۲

....

العنبی بعـد غلیـانه سواء کـان غلیـانه بالنار أو بنفسه أو بغیر ذلک، بل لا أعرف خلافا فی ذلک. و الأظهر حله حتی فیما إذا کان غلیانه بنفسه بذهاب ثلثیه، سواء کان الذهاب بالشـمس أو بالهواء أو بالنار (لا یقال) العصـیر إذا غلی بنفسه یصیر خمرا و مسکرا فینحصر حله بانقلابه خلاـ (فـإنه یقـال): مجرد غلیانه بنفسه لا یوجب کونه خمرا، و لو فرض بقاء العصـیر بعـد غلیانه بنفسه أو بغیره علی حاله حتی صار مسکرا فهو خارج عن مفروض الکلام.

و کیف کان فیشـهد لما ذکرنا مثل صـحیحهٔ حماد بن عثمان عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «لا یحرم العصیر حتی یغلی» «۱» و فی معتبر ته الأخری عنه (ع) قال: «سألته عن شـرب العصیر، فقال: تشرب ما لم یغل و إذا غلی فلا تشربه، قلت: و أی شیء الغلیان؟ قال: القلب» «۲» و فی صـحیحهٔ عبـد اللّه بن سـنان عن ابی عبـد اللّه (ع): «کل عصـیر أصابته النار فهو حرام حتی یذهب ثلثاه و یبقی ثلثه» «۳» و المراد بإصابهٔ النار الغلیان بقرینهٔ ما سبق و فی موثقهٔ ذریح، قال: «سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول:

إذا نش العصـیر أو غلی حرم» «۴» و المراد بالغلیـان فیها هو القلب بالنار و بالنشـیش ما لا یکون فیه القلب عادهٔ کالغلیان بنفسه، فیکون حاصل الموثقـهٔ أنه إذا غلی العصیر بنفسه أو کان غلیانه بالنار بنحو القلب فقـد حرم، و یقتضـی ذلک عطف الغلیان علی النشـیش مع ملاحظهٔ ان ما دل علی اعتبار القلب ظاهره المورد الذی یمکن فیه و هو

(۱) الوسائل الجزء (۱۷) الباب: (۳) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ- الحدیث: (۱- ۳- ۴)

(۲) الوسائل الجزء (۱۷) الباب: (۳) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث: (۱- ۳- ۴)

(۳) الوسائل الجزء (۱۷) الباب: (۲) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث: (۱)

(۴) الوسائل الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث: (۱- ۳- ۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۳

....

الغلیان بالنار.

و ما قیل من أن المراد بالنشـیش هو الصوت الحاصل قبل الغلیان غیر ثابت، بل ظاهره هو الصوت الحاصل عنـد غلیان الشـیء بنفسه. و یؤید ذلک ما فی موثقهٔ عمار من قوله (ع): «فإذا کان أیام الصیف و خشیت أن ینش.» «۱» و ذکرنا انه إذا ذهب ثلثا العصیر بعد غلیانه یصیر حلالا، سواء کان الذهاب بالنار أو بغیرها، و یقتضی ذلک قوله (ع) فی صحیحهٔ عبد اللّه بن سنان المتقدمهٔ: (حتی یذهب ثلثاه و یبقی ثلثه) فإنه لیس فی البین ما یقتضی تقیید الذهاب بکونه بالنار، نعم فی صحیحته الأخری قال: «ذکر أبو عبد اللّه (ع) أن العصیر إذا طبـخ حتی یـذهب ثلثاه و یبقی ثلثه فهو حلال» «۲» و لکن بمـا أن ذهاب الثلثین یکون بالطبـخ غالبا فلا یمنع ذلک عن الأخـذ بإطلاق صحیحته الاولی، کما هو الحال فی جمیع القیود الغالبیهٔ التی لا توجب رفع الید عن المطلقات.

و لا یخفی ان المراد بالعصـیر فی هذه الروایات العصیر العنبی فلا یشمل العصیر الزبیبی فضلا عن التمری، و الوجه فی ذلک (أولا) أن العصـیر یطلق علی ما یخرج من الشیء إی علی الماء المتکون فی داخل الشیء بعد إخراجه، فلا یشمل المخرج من الزبیب و التمر مما لا یتکون فی داخلهما، و لذا ذکر فی صـحیحهٔ عبد الرحمن ابن الحجاج فی أقسام الخمر العصـیر من الکرم و النقیع من الزبیب و النبیذ من التمر، «۳» و ثانیا أن حمله علی العموم غیر ممکن حیث لا یصـح لأحـد الالتزام بحرمهٔ کل عصـیر حتی مثل عصـیر الجزر و البطیخ بالغلیـان، و حمله- علی خصوص الثلاثـهٔ أی عصـیر العنب و الزبیب و التمر بلاـ قرینـهٔ- غیر ممکن، بـل المـتیقن منه العصـیر العنـبی و

العموم

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۷) الباب (۵) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث (۲)

(۲) وسائل الشیعهٔ الجزء (۱۷) الباب (۲) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث (۷)

(۳) وسائل الشیعهٔ الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۴

....

باعتبار أفراده کما لا یخفی.

و الحاصل أنه لا یمکن التعدی عن عصیر العنب الی ماء الزبیب و التمر، بل الأظهر فیهما حملها حتی بعد غلیانهما، و لیس فی البین ما یقتضی حرمتهما بعد غلیانهما.

نعم ورد فی الزبیب ما ربما یقال بظهوره فی حرمهٔ مائه بعد غلیانه کموثقتی عمار «۱» و لکن بما أن المذکور فیهما من الأمور الکثیرهٔ غیر دخیل فی حل ماء الزبیب قطعا، و لا مجال فیها لاحتمال استحباب رعایتها، فلا بد من کون المراد دخالتها فی حله مع بقائه مدهٔ طویلهٔ، بحیث لا ینقلب فیها الی الخمر. و یؤید ذلک روایهٔ إسماعیل بن الفضل الهاشمی التی مثلهما فی ذکر تلک الأمور، و ذکر فی ذیلها و هو شراب طیب لا یتغیر إذا بقی ان شاء اللّه تعالی.

و أما روایهٔ زید النرسی فی أصله، قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن الزبیب یدق و یلقی فی القدر ثم یصب علیه الماء و یوقد تحته؟ قال: لا تأکله حتی یذهب الثلثان و بقی الثلث، فان النار اصابته، قلت فالزبیب کما هو فی القدر و یصب علیه الماء ثم یطبخ و یصفی عنه الماء، فقال: کذلک هو سواء إذا أدت الحلاوهٔ إلی الماء فصار حلوا بمنزلهٔ العصیر، ثم نش من غیر أن تصیبه النار فقد حرم، و کذلک إذا أصابته النار فأغلاه فقد فسد» رواها فی المستدرک فدلالتها علی جریان حکم العصیر العنبی فی ماء الزبیب واضحهٔ، إلا أنها لا تصلح للاعتماد علیها، حتی ما لو قیل بأن زید النرسی موثق، باعتبار أن الراوی عنه هو محمد بن ابی عمیر، و ذکر الشیخ فی عدته أنه لا یروی إلا عن ثقهٔ، و هذا توثیق عام لمشایخ محمد بن ابی عمیر، و یرفع الید عنه فی مورد ثبوت الخلاف لا مع عدمه کما فی المقام، و حتی ما لو قیل بأن أصل زید النرسی معتبر کما عن النجاشی و غیره، و وجه عدم صلوحها عدم إحراز

---

(۱) وسائل الشیعهٔ الجزء (۱۷) الباب (۵) من أبواب الأشربهٔ المحرمهٔ، الحدیث (۲- ۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۵

[جواز المعاوضهٔ علی الدهن المتنجس]

اشارهٔ

و جعل هذا مستثنی (۱)

أن ما نقل عنه هذه الروایهٔ و هی النسخهٔ التی کانت بید المجلسی (ره) هی أصل النرسی المعتبر، بل من المحتمل أنها کانت مجعولهٔ مدسوسهٔ، و مجرد اشتمالها علی بعض الروایات التی ثبت أنها لزید لا یدل علی أنها بتمامها روایاته.

و بعبارهٔ أخری النسخهٔ التی کانت بید المجلسی (ره) و نقل عنها هذه الروایهٔ و کانت مصححهٔ بخط الشیخ منصور بن الحسن الابی لم

يظهر لنا وسائطها الى زيـد، كما هو المألوف بين أصـحاب الحـديث لنعتمـد عليها مع إحراز حال تلك الوسائط، و يزيد الشـبهة ما عن الصدوق (ره) من ان أصل زيد النرسى و أصل زيد الزراد موضوعان وضعهما محمد بن موسى الهمدانى ذكر ذلك محمد بن الحسن الوليد (ره).

(لا يقال) قد ذكر المجلسـى فى البحار أنه وجد فى أول النسـخة هكذا حدثنا الشـيخ أبو محمد هارون بن موسـى التلعكبرى أيده اللّه، قال حـدثنا أبو العباس احمد بن سـعيد الهمدانى، قال حدثنا جعفر بن عبد اللّه العلوى أبو عبد اللّه المحمدى، قال حدثنا محمد بن ابى عمير عن زيد النرسـى و النسـخة المزبورة كانت مصححة بخط الشيخ منصور بن الحسن الابى، و هو نقله من خط الشيخ الجليل محمد بن الحسن القمى و كانت كتابتها سنة أربع و سبعين و ثلاثمائة، و على ذلك فالنسخة مسندة بطريق مألوف.

(فـإنه يقـال) لم يظهر لنا حال منصور بن الحسن الابى حتى يثبت بنقله النسـخة و إسـنادها الى زيـد، و ما حكى عن منتجب الـدين أنه عالم فاضل قرأ على الشـيخ الطوسـى غير المصـحح للنسـخة كما يشـهد بـذلك تاريـخ التصـحيح، مع أن شـهادة صاحب البحار بكتابة منصور بن الحسن ليست بطريق قد وصل إلينا وسائطه كما لا يخفى.

(۱) يعنى عد الدهن المتنجس فى المسـتثنى لعدم جواز بيع الأعيان النجسة مبنى على كون الحكم المزبور للأعيان النجسة و المتنجسـة بنحو العموم، كمـا إذا قيـل بحرمـة الانتفاع بالمتنجس، فيكون بيعه فاسـدا باعتبار عـدم ثبوت المنفعـة المحللـة له أو قيل بجواز الانتفاع بهما، و لكن لا يجوز المعاملة عليهما، فان الحكم بجواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۵۶

و هو ظاهر غيره ممن عبر بقوله جاز بيعه للاستصباح (۱) و يمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصباح (۲)

بيع الـدهن المتنجس يكون اسـتثناء عن ذلك الحكم العام، و هـذا بخلاف ما إذا قيل بعـدم حرمة الانتفاع و عدم بطلان بيعهما الا فيما يحرم كل الانتفاع المقصود منهما، فإنه على ذلك لا يعم الحكم المذكور فى طرف المستثنى منه الدهن المتنجس باعتبار خروجه عن موضوع ذلك الحكم من الأول.

(أقول): لم يظهر وجه تخصيص انقطاع الاستثناء أو اتصاله بالدهن المتنجس، بل يجرى ذلك فى الكافر ايضا، و حتى فى كلب الصيد، فـان جواز بيعه و إن كـان من قبيـل التقييـد فيمـا دل على ان: ثمن الكلب سـحت، إلاـ أن جواز بيعه اسـتثناء من عـدم جواز بيع الأعيان النجسة المستفاد من حديث تحف العقول يكون بنحو الانقطاع كما مر.

(۱) وجه الظهور أن قولهم للاستصـباح باعتبار صـحة تعلقه بالبيع لا يتعلق بالجواز كما هو مقتضـى قولهم: (القريب يمنع البعيد) نعم لو كـان متعلقـا بالجواز كما هو تأويل المحقق الثانى لكان مقتضاه القول الثالث و هو جواز بيع الـدهن المتنجس مطلقا بمعنى أنه لا يعتبر اشتراط الاستصباح و لا قصده.

(۲) ظاهره التفصـيل بين الدهن الذى يكون الاستصـباح بالإضافة إليه من المنفعة النادرة التى لا تكون ملاكا للمالية فى الأشـياء، و بين الـدهن الـذى يكون الاستصـباح به من المنفعـة المتعارفـة، و فى الأول يعتبر قصد الاستصـباح فى بيعه دون الثانى، و وجه الفرق هو أن الموجب للماليـة فى الأول و هى المنفعـة الشائعة باعتبار نجاسة الدهن تكون محرمة. و أخذ المال فى مقابله بلحاظ تلك المنفعة أكلا له بالباطـل، كمـا أن أخـذه بلحاظ منفعته النادرة المحللـة كـذلك، حيث أن المنفعـة النادرة لا توجب الماليـة حتى يخرج المأخوذ من عنوان الأكل بالباطل، نعم إذا ورد دليل على جواز أخـذ المال بإزاء ذلك الـدهن ليصـرفه فى منفعته المحللة النادرة يكون هذا حاكما على خطاب حرمة أكل المال بالباطل، حيث أنه بعد تجويز الشارع الأخذ لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۵۷

و تعاملا من غير قصد (۱)

بیعه بـإزاء الثمن من تملـک المال بالباطل. و هـذا بخلاف القسم الثانی من الـدهن المتنجس، فإن أخـذ المال بإزائه حتی بـدون قصـد المنفعهٔ المحللهٔ جائز، و لا یدخل فی العنوان المنهی عنه، باعتبار أن الإسـراج من المنفعهٔ المحللهٔ المقصودهٔ الغالبهٔ علی منفعهٔ الأکل أو المساویـهٔ له یوجب المالیـهٔ للدهن المزبور نعم لو اشترطا اسـتعماله للأکل یکون بیعه باطلا، لا لان الشـرط الفاسد مفسد للمعاملهٔ حتی یمنع عنه بـل البطلاـن یعم مـا کـان اسـتعماله فی المحرم من قصـد المتبـایعین فإنه بالقصـد المزبور یکون تملک الثمن بإزائه من اکله بالباطل، کما یشـعر بذلک ما ورد من أن ثمن الجاریهٔ المغنیهٔ سحت، فإن الجاریهٔ مع کونها ذات منفعهٔ محللهٔ مقصودهٔ کالاستمتاع بها أو استخدامها لا وجه لفساد ثمنها، إلا إذا کان قصد استیفاء منفعهٔ الغناء موجبا له کما لا یخفی.

(۱) و ظـاهر ذلـک التسویـهٔ فی الـدهنین و عـدم الفرق بینهما فی مقام الثبوت بل الفرق بینهما فی مقام المعاملـهٔ فقط فیما إذا التفتا الی منافعهما، ففی الأول مع عـدم قصد المنفعهٔ النادرهٔ المحللهٔ ینصـرف العقد الی لحاظ منفعته المحرمهٔ، فیحکم بفساده، بخلاف الثانی، و أما مع عدم التفاتهما الی منفعتهما المحللهٔ و المحرمهٔ، فیمکن تصـحیح المعاملهٔ فی القسـمین حتی فی الأول، باعتبار أن الدهن المزبور مال شرعا وقع مورد المعاملهٔ و لم یقصد منفعته المحرمهٔ حتی یحکم بفساد بیعه استظهارا مما ورد فی ثمن الجاریهٔ المغنیهٔ.

(أقول و فی کلامه موارد للنظر).

(أولا) أن المنفعهٔ النادرهٔ التی لا توجب المالیهٔ للشـیء هی التی لا یلاحظها العقلاء حتی مع عدم إمکان صرف ذلک الشیء فی الجههٔ الأخری، مثلا قطعات الکوز المکسور لا مالیـهٔ لها فإنه لا یلاحظ اسـتعمالها فی البناء نظیر اسـتعمال قطعات اللبنـهٔ، حتی مع عدم إمکان صرفهـا فی منفعتها الغالبـهٔ ای حزن الماء فیها، و هـذا بخلاف الـدهن المتنجس، فان مع عـدم إمکان صـرفه فی الأکل مثلا یلاحظ فیه جههٔ الإسراج به.

و بعبارهٔ أخری عدم لحاظ الإسراج به بلحاظ منفعته الأخری الأهم و الأکمل و هی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۸

و ربما یتوهم من قوله (ع) (۱)

الأکل، و مثل ذلک لا یوجب سلب المالیهٔ عنه.

و (ثانیا) أنه مع قیام الـدلیل علی جواز البیع فی القسم الأول یکون الدلیل المزبور کاشـفا عن کون المنفعهٔ النادرهٔ عندنا من الغالبهٔ عند الشارع، کما هو مقتضـی حکومته علی دلیل حرمـهٔ الأکل بالباطل، فیکون للـدهن المزبور مالیـهٔ و باعتبارها یصـح بیعه کما فی القسـم الثانی، من دون انصراف العقد الی لحاظ منفعته المحرمهٔ و جعل العوض بلحاظها، فان انصراف العقد الی جعل العوض بلحاظ المنفعهٔ المحرمهٔ بلا قصد من المتعاقدین غیر معقول.

و (ثالثا) أن مجرد قصـد المنفعـهٔ المحرمـهٔ لا یوجب فساد البیع فیما إذا کان للشـیء مالیهٔ باعتبار منفعته المحللهٔ، فإن الثمن فی المعاملهٔ یقع بإزاء نفس الشـیء لا منافعه، نعم ربما یکون لحاظ بعض الأوصاف فی تسعیر الشیء موجبا لفساد بیعه، فیما إذا کان المترتب علی تلک الصـفهٔ هو الحرام دائما أو غالبا، کما فی الجاریهٔ المغنیهٔ، و هذا غیر داخل فی مورد الکلام، فان المفروض فی المقام مجرد قصد صرف الشیء فی منفعته المحرمهٔ، و الدخیل فی تسعیر الشیء أوصافه لا استعماله فی إحدی منفعتیه.

(۱) وجه الوهم أن قوله (ع): (فیبتـاع للسـراج) تفریع علی علم المشتری بحال الـدهن، و أن مع تبین نجاسـته له یشتریه للسـراج، فتکون الجملـهٔ بمنزلـهٔ قوله (فلا تبعه الا لمن یبتاعه للسـراج) و ظاهر ذلک اعتبار قصـد الإسـراج فی جواز شـرائه، و بهـذا تفترق هذه الروایهٔ- المـذکور فیها حکم واحـد و هو تجویز بیعه من المشتری المزبور- عن روایـهٔ معاویـهٔ بن وهب المـذکور فیها حکمان: أحـدهما جواز البیع، و ثانیهما وجوب إعلام المشتری بنجاسهٔ الدهن و لو بعد البیع لیصرفه فی الاستصباح، و هذه تکون قرینهٔ علی أن الوارد فی روایهٔ

الأعرج من الابتياع للسراج غاية للإعلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۵۹

فهل يجب مطلقا (۱) لا إشكال فى وجوب الاعلام (۲) مثل ما دل على أن من أفتى (۳)

أيضا، لا أنه دخيل فى صحة البيع. و الحاصل اعتبار المشترى المزبور باعتبار عدم لزوم محذور التسبيب الى الحرام بصرف المشترى ذلك الدهن فى الأكل بسبب جهله بحال الدهن كما نذكر توضيحه فى الموضع الثانى.

(۱) يجب الاعلام مطلقا إى سواء قيل بكون البيع مشروطا بالاستصباح أو بقصده أو غير مشروط بشيء منهما.

(۲) لا يخفى أن قصد المشترى الإصباح بالدهن المزبور لا يلازمه إعلام البائع، بل النسبة بينهما عموم من وجه، فقد يظهر البائع حال الدهن و نجاسته و مع ذلك يكون المشترى قاصدا صرفه فى الأكل، و قد يترك الاعلام و لكن المشترى يقصد شراءه لمثل الإسراج، و ظاهر الروايات كون الاعلام تكليفا على البائع لئلا يكون جهل المشترى بحال الدهن و نجاسته منشأ لصرفه فى الأكل، قال (ع) فى موثقة أبى بصير: (و إن كان ذائبا فأسرج به و أعلمهم إذا بعته) «۱»

(۳) ما دل على ذلك أجنبى عن مسألة عدم جواز التسبيب الى فعل الحرام أو ترك الواجب فإن الإفتاء بغير علم حرام حيث انه من الافتراء و الكذب على اللّه سبحانه عمل بها أحد أو لم يعمل، و تحديد العقوبة بوزر من عمل بها على تقدير العمل لا يدل على أن حرمة الإفتاء بغير علم لأجل التسبيب، فان مثل الخبر يعم ما إذا لم يكن تسبيب، كما إذا كان العامل بها عالما بأن المفتى ليست له أهليته الإفتاء و مع ذلك أخذ بفتواه بداع من الدواعى النفسانية.

و أما ما ورد فى تحمل الامام مع أنه معارض بما يدل على عدم ضمانه بشيء و فى صحيحة زرارة قال: «سألت أحدهما (ع) عن الامام يضمن صلاة المأموم؟ قال لا» «۲» فلا يرتبط بالمقام فإنه لو فرض عدم نقص صلاة المأموم عن الصلاة الفريضة إلا فى

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۶) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۵) الباب (۳۰) من أبواب صلاة الجماعة- الحديث (۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۶۰

[التسبيب إلى الحرام]

و الحاصل أن هنا أمورا أربعة (۱)

ترك القراءة فلا ينبغى الريب فى عدم بطلان تلك الصلاة بذلك، فان مقتضى حديث لا تعاد و غيره عدم بطلان الصلاة بترك القراءة فيها عن عذر، و التسبيب- فى مثل ذلك مما يكون للعلم و الإحراز دخل فى حرمة الشيء تكليفا أو عدم جوازه وضعا- لا بأس به، و لذا لا- يجب على البائع إعلام الغير بنجاسة الثوب الذى يشتريه، بخلاف نجاسة المبيع المأكول، و الفرق أن نجاسة الثوب لا تكون مانعة عن صحة الصلاة إلا مع إحرازها، بخلاف نجاسة المأكول، فإنها موضوع لحرمة أكله، غاية الأمر ربما يكون الجهل عذرا فى مخالفة التكليف الواقعى، نعم لو أحرز الامام ان مأمومة يأتى فى صلاته بما يكون مبطلا لها حتى مع العذر، كتعدد الركوع فى الركعة الواحدة الذى يكون عدم فساد الصلاة به فى خصوص صلاة الجماعة فى بعض الموارد، فمع علمه بهذا لا يجوز له التصدى للإمامة مع فقده شرائطها.

و العمدة فى حرمة التسبيب هو الفهم العرفى من خطابات المحرمات و غيرها، فإنه إذا ورد فى خطاب حرمة أكل الميتة فأهل العرف لا

يفهمون الفرق بين أكلها بالمباشرة أو أكل الغير بتسبيبه جهلا أو إكراها، و هكذا ما ورد فى نهى الجنب عن دخول المسجد، فإنهم لا يفرقون بين الدخول و الإدخال الى غير ذلك.

فقد ظهر مما ذكرنا أن الكلام فى عدم جواز التسبيب الى الحرام فيما إذا كان ذلك الحرام مطلقا بحيث يكون مع الجهل مورد الاحتياط، و أما مدلول رواية أبى بصير فأجنبى عن ذلك، فإنه لا تكون كراهة لأكل البهيمة أو الطفل حتى يكون سقيهما أو إطعامهما من التسبيب إلى الكراهة، بل مدلولها حكم السقى أو الإطعام بما هو هو.

(۱) الفرق بين إكراه الغير على المحرم و بين تقديم الطعام المتنجس الى الغير الجاهل بأن الأول من قبيل العلة التامة لصدور الحرام عن الغير، و الثانى من قبيل السبب فيه ما لا يخفى. و الصحيح أن كلا من الإكراه و تقديم الطعام المتنجس مثلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۶۱

لان استناد الفعل الى السبب أقوى (۱)

إلى الجاهل المريد للأكل لا يكون موجبا لخروج الفعل عن كونه اختياريا للمكره بالفتح أو المقدم اليه، و أن حرمة الإكراه أو التقديم لا تكون الا من جهة التسبيب الى الحرام، فإن العمدة فى دليل حرمته كما مر هو الفهم العرفى، بأن المنهى عنه يعم إصدار الفعل عن الغير بالإكراه أو الإغراء، بل و لو بمثل صب الخمر فى حلقه.

و أما القسم الثالث فان كان ترغيبا للآخر الى ارتكاب المحرم و تحبيبا اليه لينقدح فى نفسه الداعى إلى ارتكابه فيكفى فى إثبات حرمته فحوى ما دل على وجوب نهى الغير عن المنكر، و كذا ما إذا كان موجبا للعناد كسب آلهة الكفار الموجب لالقائهم فى سب الحق، و أما بيع مثل العنب ممن يعلم أنه يعمله خمرا فسيأتى الكلام فيه مفصلا، و اما إرشاد الجاهل و اعلامه فى غير موارد التسبيب فلا يجب إلا فى الأحكام الشرعية الكلية كما هو مقتضى ما دل على وجوب تبليغها الى الجاهلين بها، و فى الجهل بالموضوعات فيما إذا وجب على المرشد التحفظ فيها على الواقع، كالتحفظ على دم مؤمن أو عرضه فى مورد يريد الجاهل بإيمانه قتله أو هتكه و نحو ذلك.

(۱) لا يخفى أن وجه استقرار الضمان على من قدم الطعام المملوك للغير الى الجاهل هى قاعدة الغرور لا مجرد التسبيب، و لذا يكون لمالك الطعام الرجوع الى الجاهل المتلف و لو كان من باب استناد الفعل الى السبب لم يكن له الرجوع إلا الى المقدم، و الحاصل أن مقتضى تلك القاعدة رجوع المغرور إلى غاره و لا تجرى هذه القاعدة فى مورد الإكراه على إتلاف مال الغير، بل يكون الضمان فيه ابتداء على المكره بالكسر، و الوجه فى ذلك أنه يستفاد من مثل ما ورد فى ضمان الشاهد ما أتلف على المشهود عليه بشهادته الزور ضمان المكره بالكسر ايضا، و مقتضى حديث الرفع نفى الضمان عن المكره بالفتح، و نفيه عنه مع فرض ثبوته للمكره بالكسر لا ينافى الامتنان.

فالمتحصل ان فى مورد كون السبب أقوى يكون الضمان على ذلك الأقوى ابتداء، كما إذا وضع قارورة تحت رجل نائم فانكسرت بتحريكه رجله فى النوم،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۶۲

بأن النجاسة عيب خفى (۱) عدا ما يدعى من مرسلة الشيخ (ره) (۲)

فان الضمان فى الفرض على واضعها لا على النائم، باعتبار أن الإتلاف يستند اليه لا إلى النائم، و هذا بخلاف مورد تقديم الطعام، فإن الإتلاف يكون من المباشر و عليه ضمانه و المقدم بالكسر ضامن ايضا بضمان اليد، فللمالك الرجوع الى كل منهما، و إذا رجع الى المباشر فيرجع الى غاره كما مر، و لعله لذلك ذكر أن الإكراه علة تامة و تقديم الطعام سبب.

(۱) ظـاهر الروایـات المتقدمـۀ وجوب الاعلام حتی فیمـا لاـ یجب فیه بیـان العیب کما إذا تبرأ البائع من عیوب المبیع، حیث انه یجب إظهـار العیب الخفی، باعتبـار أن عـدم ذکره غش، و مع التبری لاـ غش. و أیضا لا فرق کما یـذکر المصـنف (ره) فی وجوب الإعلام بنجاسـۀ المـأکول أو المشـروب بین کونهمـا موردین للمعاوضـۀ أو للهبـۀ، و لو کان وجوبه باعتبار أن إخفاء نجاسـته غش فی المعاملۀ لاـختص وجوبه بموارد المعاوضـۀ، و لـذا لاـ یجب بیـان العیب للمتهب، هـذا مع أن تناول المتنجس منکر واقعی شـرعا، فیجب اعلامه للجاهـل الـذی یریـد تنـاوله حتی لو لم نقل بوجوب إظهار عیب المبیع. و وجه وجوبه حرمـۀ التسبیب الی الحرام و إلقاء الغیر فیه، و لو اختص کون الشیء منکرا بصورۀ العلم بنجاسته، کما فی لبس الثوب النجس فی الصلاۀ لا یجب الاعلام، بل لا تکون نجاسته عیبا.

(۲) مرسـلۀ الشـیخ (ره) هی التی ذکرها فی مبسوطه بقوله روی أصـحابنا أنه یستصـبح به تحت السـماء، و هذه المرسـلۀ مؤیدۀ بشـهرۀ الفتوی بمضـمونها، و بالإجماع المـذکور فی کلام ابن إدریس، و إذا انجبر ضـعفها بما ذکر یکون المقام من الموارد التی یرد فیها فی مقابـل خطـاب المطلق خطـاب آخر یـدور أمر ذلـک الخطـاب الآـخر بین کونه مقیـدا للمطلق أو محمولا علی الاسـتحباب أی أفضـل الاـفراد، و فی المقـام یـدور أمر المرسـلۀ بیـن کونهـا مقیـدۀ للإطلاـق فی الروایـات الـتی رخص فیهـا فی صـرف الزیت المتنجس فی الاستصباح و بین ان یکون التقیید الوارد فیها محمولا علی الاستحباب،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۳

....

بان یکون المسـتحب فی الاستصـباح بالدهن المتنجس الاستصباح به تحت السماء أو یکون الأمر المستفاد من الجملۀ الخبریۀ محمولا علی الإرشـاد، و أن الاستصـباح تحت السـماء بلحـاظ ان لا یتأثر السـقف بالـدخان المتصاعـد الـذی یکون نجسا علی ما ذکره الشـیخ الطوسی (ره) باعتبار اشتماله علی اجزاء دهنیۀ متصاعدۀ معه.

ثم ان حمل الأمر بالاستصباح تحت السماء علی الإرشاد و بان لا یتأثر السقف اولی من تقیید الإطلاقات الکثیرۀ الواردۀ فی مقام البیان، خصوصـا ان تقییـد تلک الإطلاقات و اعتبار کون الاستصـباح تحت السـماء لا یکون الا بالالتزام بعـدم جواز تنجیس السـقف أو کونه تعبـدا محضا، و الأول مخالف لما علیه المشـهور من طهارۀ دخان النجس أو المتنجس، و الثانی بعیـد جـدا. و لعله لذلک أفتی الشـیخ (ره) فی مبسوطه مع نقله المرسلۀ بکراهۀ الإسراج تحت السقف.

و الإنصاف ان الحکم فی المقام لا یخلو عن اشکال لورود المطلقات فی مقام البیان و عدم کون المرسلۀ صالحۀ لتقییدها، و فی مقابل ما ذکر من الشـهرۀ المحققـۀ و الإجماع المنقول علی اعتبار کون الاستصـباح تحت السـماء یکون الرجوع الی أصالـۀ البراءۀ عن اعتبار کون الاستصباح تحت السماء بعیدا عن الاحتیاط، و جرأۀ علی مخالفۀ المشهور.

و عن العلامۀ التفصـیل بین صورۀ العلم بتصاعد اجزاء الدهن مع الدخان و عدمه و اعتبر کون الاستصـباح تحت السـماء فی الأول دون الثانی. و هذا التفصیل مبنی علی حرمۀ تنجیس السقف و لکن لم یظهر له دلیل، نعم من ذکر فی رده بان الاستصباح تحت السماء تعبد محض لا لتنجیس السـقف لان الـدخان المتصاعد طاهر، ظاهره قبوله حرمۀ التنجیس و الا لذکر فی الرد أن تنجیس السـقف لا بأس به انتهی تقریر کلامه فی المقام.

أقول استعمال الدهن المتنجس فی الاستصباح لا یکون حکما مولویا حتی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۴

و منها قوله تعالی إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ (۱)

یتکلم فی التقییـد الوارد فی مثـل المرسـلۀ التی لاـ یمکن الاعتماد علیها، علی ما ذکرناه فی بحث الأصول، بل الأمر بالاستصـباح به فی

الروايات للإرشاد الى عدم جواز استعماله فى الأكل كما مر، و على تقدير كونه مولويا فهو ترخيص لا حكم إلزامى واحد ليكون المقام من موارد لزوم حمل المطلق على المقيد، و لا- منافاة بين الترخيص فى الإسراج بالدهن المتنجس مطلقا و بين الترخيص فى إسراجه تحت السماء، كما إذا ورد فى خطاب الترخيص فى شرب الخل مطلقا و فى خطاب آخر الترخيص فى شرب الخل فى المساجد، و قد ذكر فى باب المفاهيم أنه لا مفهوم للوصف حتى يوجب ذلك المفهوم تقييدا فى خطاب المطلق.

(۱) كان المستدل بالآية أراد ان الرجس فيها ينطبق على المتنجس ايضا و أن الأمر بالاجتناب عنه يعمه فالحكم بجواز الانتفاع به فى مورد يحتاج الى دليل خاص و ذكر المصنف (ره) فى الجواب أن الرجس ما يكون كذلك فى ذاته لا ما عرضت له النجاسة، فيختص بالأعيان النجسة و لا يعم المتنجسات و الا لزم تخصيص الأكثر باعتبار جواز الانتفاع بأكثر المتنجسات (هذا أولا) و (ثانيا) أن المذكور فى الاية كون الرجس من عمل الشيطان اى من صنعه فيختص وجوب الاجتناب بمخترعات الشيطان و مبتدعاته سواء كان قذرا ماديا كالخمر أو معنويا كالميسر.

و الحاصل أن مجرد كون عين نجسة فضلا عن المتنجس لا يوجب دخوله فى صنع الشيطان و مخترعاته، و ان أريد من عمل الشيطان هو الصادر عن المكلف بإغوائه ليكون الرجس عنوانا لنفس تلك الأعمال فكون الانتفاع بالمتنجسات رجسا و عملا بإغواء الشيطان أول الكلام (أقول) لفظ الرجس بمعنى النجس فى مثل قوله سبحانه (إِلّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ) و ان كان ممكنا الا أنه لا يمكن فى المقام. و ذلك بقرينة حمله على الميسر، حيث انه فعل و لا يتصف بالنجاسة، فلا بد من حمله على معنى غير النجاسة المصطلحة. و صدق ذلك المعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۶۵

ان المراد هنا حرمة الأكل (۱) غاية الأمر التعدى من حيث غاية البيع (۲) من ظهور الاستثناء (۳)

على مطلق المتنجس بل النجس ايضا ممنوع.

و (ثانيا)- أن الأمر بالاجتناب عن الرجس حتى بمعنى يعم المتنجس ظاهره الاجتناب عن استعماله المتعارف و لا- يعم جميع الانتفاعات، و من هنا يظهر الحال فى قوله عز من قائل وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ «۱» بناء على أنه بمعنى الرجس كما قيل.

(۱) لا دلالة فى الآية على كون المراد بالخبائث الأعيان حتى يقال أنها تعم المتنجس ايضا، بل الظاهر منها و لا أقل من الاحتمال كما مر سابقا كون المراد الأفعال المنكرة، كما ورد ذلك فى قضية قوم لوط، قال عز من قائل وَ نَجَّيْناهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كانَتْ تَعْمَلُ الْخَبائِثَ «۲» و على تقدير كون المراد بها الأعيان، فلا ريب فى أن ظهور تحريمها- بمناسبة الحكم و الموضوع- حرمة الانتفاع المناسب للعين لا حرمة كل انتفاع، و ما ذكره المصنف (ره) من كون المراد من تحريم الخبائث حرمة أكلها بقرينة مقابلته لحل الطيبات، ففيه ما لا يخفى، قال سبحانه فى وصف النبى الذى يؤمن به المتقون الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوباً عِنْدَهُمْ فِي التَّوْراةِ وَ الْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّباتِ وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبائِثَ وَ يَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ «۳» و ظاهرها بقرينة المقام تحريم الأفعال المنكرة و تحليل المستحسنة منها، و لا يناسب مدحه مجرد أنه أحل المأكولات الطاهرة و حرم أكل الأشياء النجسة.

(۲) أى لا- يعتبر فى صحة بيع الدهن المتنجس قصد الاستصباح فقط، بل يجوز بيعه لغاية أخرى من قصد طلى الأجرب أو صنع الصابون و نحوهما.

(۳) هذا وجه لعدم جواز بيع سائر المتنجسات، و المراد الظهور الإطلاقى

---

(۱) سورة المدثر (۷۴) الاية (۵)

(۲) سورة الأنبياء (۲۱) الاية (۷۴)،

(۳) سورة الأعراف (۷) الآیة (۱۵۷)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۶۶

و مما تقدم فی مسألة جلد المیتة (۱) و یمکن حمل کلام من أطلق المنع (۲)

ای عدم عطف متنجس آخر علی الدهن فی کلماتهم حیث ان مقتضاه عدم التزامهم بجواز البیع فی سائر المتنجسات حتی مع تحقق النفع لها.

(۱) هذا وجه لجواز بیع سائر المتنجسات التی لها منفعة محللة کالدهن، حیث یظهر من کلماتهم فی تلک المسألة أن جواز البیع دائر مدار تحقق المنفعة المحللة، إلا أن یقوم دلیل خاص علی عدم جواز البیع حتی مع تلک المنفعة کما فی الالیات المقطوعة من الغنم، فإنه لا یجوز بیعها مع جواز الإسراج بها أو عملها صابونا، و کذا لا یجوز بیع مطلق نجس العین علی کلام یأتی حتی مع جواز الانتفاع بها، و یقتضی أیضا جواز بیع سائر المتنجسات استصحاب الحکم الثابت لها قبل التنجس، حیث کان بیعها جائزا و بعد التنجس الأصل بقاؤها علی حالها، و الجواز قبل التنجس مقتضی القاعدة المستفادة من روایة تحف العقول و غیرها، و هی کون المناط فی جواز بیع الشیء حصول الصلاح فیه.

(۲) هذا جواب عن الوجه المتقدم لعدم جواز بیع سائر المتنجسات، و حاصله أن قولهم لفائدة الاستصباح تعلیل للاستثناء لا قید لبیع الدهن المتنجس بمعنی انه یجوز- لتحقق المنفعة المحللة و هی الاستصباح- بیع الدهن المتنجس، نظیر ما یقال یجوز لتحقق الاستشفاء ببول الإبل بیعه، نعم یحتمل أن یکون لفائدة الاستصباح فی کلامهم قیدا و غایة للبیع، و حیث أن الغایة تکون فی القصد مقدما و فی الحصول مؤخرا یکون معنی کلامهم جواز بیع الدهن المتنجس لغایة الاستصباح و قصده و لکن یؤید أن قولهم للاستصباح تعلیل للاستثناء لا غایة و قید لبیع الدهن ما ذکر فی جامع المقاصد فی شرح قول العلامة، ما حاصله أن قول العلامة للاستصباح تحت السماء خاصة تعلیل للاستثناء، لا قید للبیع لتکون فی کلامه دلالة علی حصر جواز البیع بفائدة الاستصباح، و أن قول العلامة خاصة راجع الی اعتبار کون الاستصباح تحت السماء، فلا یجوز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۶۷

و کیف کان فالحکم بعموم کلمات هؤلاء (۱) فهی نفس المنفعة لا الانتفاع (۲) مع احتمال أن یراد من جمیع التقلب (۳)

تحت السقوف، لا أنه لا یجوز بیع الدهن لسائر المنافع.

(۱) یعنی استثنی جماعة کما مر الدهن المتنجس لفائدة الاستصباح من عدم جواز بیع النجس، و الحکم بأن مقتضی اقتصارهم فی الاستثناء علی الدهن هو عدم جواز بیع سائر المائعات النجسة حتی مع حل الانتفاع المعتد به بها محل تأمل، و ان ذکر ذلک فی المسالک و قال ان القوم لم یفرقوا فی عدم جواز بیع النجس بین ما یکون له نفع أو لا. و وجه التأمل هی الملازمة بین حل الانتفاع المزبور و جواز البیع و باعتبار هذه الملازمة أورد المحقق الثانی فی حاشیة الإرشاد علی کلام العلامة أی علی قوله و لا بأس ببیع ما عرض له التنجس مع قبوله الطهارة بمثل الأصباغ المتنجسة، فإنها لا تقبل التطهیر و مع ذلک یجوز بیعها باعتبار عدم توقف الانتفاع بها علی طهارتها، و المحقق و ان أجاب عن إیراده بان الأصباغ بعد جفافها قابلة للتطهیر، الا انه لو لم تکن ملازمة بین جواز الانتفاع و جواز البیع لما صح الإیراد و الجواب، اللهم إلا أن یقال ان إیراد المحقق الثانی علی العلامة مبنی علی مختاره و هو قبول الملازمة بین الجوازین، و لیس مراده أن الحکم الذی ذکره العلامة مشکل حتی عند العلامة.

(۲) یعنی مراد العلامة من المتنجس الذی یقبل التطهیر قبوله للطهارة قبل الانتفاع به و لا یقبل الصبغ الطهارة قبل الانتفاع به، حیث أن اللون الباقی بعد غسل الثوب منفعة لا انتفاع، و المنفعة اسم مصدر و الانتفاع مصدر. و الحاصل أن الأصباغ قابلة للطهارة بعد الانتفاع

بها، بل أنها لا تقبل التطهير حتى بعد الانتفاع، حيث ان القابل للطهارة هو الثوب الذى كان متنجسا بملاقاة ذلك الصبغ لا اجزاء ذلك الصبغ.

(۳) اى جميع أنواع التناول كالأكل أو الشرب بلا طبخ أو معه و مع خلطه بشىء آخر و عدمه الى غير ذلك، كما أن المراد من إمساكه إمساكه للأكل أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۶۸

لكن مع تفصيل لا يرجع الى مخالفة (۱) و لذا قيد هو (قده) (۲) ثم ان الانتفاع المنفى فى الميتة (۳) و فى الرواية إشعار بالتقرير (۴) و يمكن ان ينزل (۵) و الظاهر ثبوت (۶)

الشرب.

(۱) اى لا يكون تفصيله تحريما للانتفاع بالنجس رأسا.

(۲) أى حيث ان الممنوع فى النصوص الانتفاع بالميتة ذكر فى كلامه الانتفاع أولا ثم قيده بما يسمى استعمالا، و الا كان المناسب ان يقول كالميتة التى لا يجوز استعمالها.

(۳) اى ما ورد من ان الميتة لا ينتفع بها لا يعم جعل الميتة وقودا أو سدا لساقية الماء، و ليس وجه عدم العموم انصراف الانتفاع بالميتة إلى الانتفاع بها فى المنافع المقصودة منها كالأكل فى المأكول و الشرب فى المشروب و نحوهما حتى يقال أن مثل النكرة الواقعة فى حيز النفى أو النهى لا ينصرف الى بعض افراده، بل وجه عدم العموم عدم عد مثل سد ساقية الماء بها انتفاعا بها لا أنه انتفاع و لكنه غير مقصود كالاسراج بدهن اللوز، حيث أنه إذا ورد فى خطاب أنه لا ينتفع بدهن اللوز المتنجس فلا وجه لدعوى أنه لا يعم الإسراج به.

(۴) أى اشعار برضا الامام عليه السلام باستعمال العذرة و عظام الموتى فى بعض المنافع كإحراق الجص.

(۵) و حاصله أن ما ورد من أن الميتة أو غيرها من النجس لا ينتفع بها يراد استعمالها كاستعمال الطاهر حتى مع البناء على تطهير ما أصابها من اليد و الثياب للصلاة، و لا بعد فى الالتزام بحرمة هذا الاستعمال تكليفا فى الأعيان النجسة، كما يظهر ذلك من رواية الوشاء، و يشير اليه قوله سبحانه (وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ)، نعم لا بأس هذا الاستعمال فى المتنجسات كاستعمال الدهن المتنجس بنحو يوجب تلويث الثوب و البدن.

(۶) و حاصل ما ذكره (ره) فى المقام أن من الأعيان النجسة ما ينتفع بها و لكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۶۹

....

باعتبار عدم كون ذلك الانتفاع مقصودا للعقلاء أصلا لا يوجب ماليتها، و فى هذا القسم يثبت حق الاختصاص، و منشأ ثبوت هذا الحق كون العين فى السابق ما لا للمالك كما فى الخل المنقلب الى الخمر، أو حيازة تلك الأعيان و أخذها كما فيما إذا جمع العذرة حتى صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها فى المزارع و البساتين. و كيف كان فلا بأس بالمصالحة على ذلك الحق بعوض و لا يعد ذلك العوض ثمنا لعين النجس حتى يكون سحتا. و اولى منها أخذ المال لرفع يده عن تلك العين، و بعد الاعراض يحوزها باذل المال، و من هذا النحو بذل المال لمن يسبق إلى الأمكنة المشتركة، كما إذا جلس فى مكان من المسجد أو السوق، أو يسبق إلى غرفة فى المدرسة فللآخر بذل مال له ليرفع يده عن المكان أو الغرفة حتى يسبق إليهما الباذل، و اولى من ذلك ما إذا جمع العذرة فى مكانه المملوك و أخذ المال حتى يأذن للباذل بدخول ذلك المكان لأخذ العذرة مجانا.

ثم انه يعتبر فى ثبوت حق الاختصاص بالحيازة ان يكون قصد الحائز الانتفاع بتلك العين كما يعتبر فى ثبوت الحق بالسبق الى المشتركات الانتفاع بذلك المكان بما يناسبه، ففى السوق الانتفاع به بالكسب فيه و فى المدرسة الانتفاع بها بالسكنى و فى المساجد و المشاهد الانتفاع بها للعبادة و نحوها، و أما إذا كان قصده اشغال المكان فى المسجد أو السوق أو المدرسة حتى يأخذ من الغير مالا ليرفع يده عنه، فلا- يوجب سبقه حقا و على ذلك فان لم يكن قصد من جمع العذرة الانتفاع بها بالبساتين مثلا، فلا يثبت له حق الاختصاص، فالمتعين فى حقه ما ذكر أخيرا من جمع العذرة فى مكانه المملوك و أخذ المال لإذنه فى الدخول فيه.

أقول: يمكن أن يقال: إن النهى عن المعاملة على الشيء أو عد ثمنه سحتا مقتضاه سقوط ذلك الشيء عن المالية شرعا، لا سقوطه عن كونه ملكا ايضا، و الملك أعم من المال، حيث يكون الملك من غير كونه مالا كما فى الحبة و الحبتين من الحنطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۰

....

أو قليل من التراب و نحوه، فيترتب عليه آثار الملك من عدم جواز التصرف فيه بلا رضا مالكه، و لا يثبت مثل ضمان التلف فى اليد أو الإتلاف فإنه من آثار كون الشيء مالا.

و الحاصل أنه لم يعلم الفرق بين الحبة و الحبات من مثل الحنطة و بين الخمر الممكن انقلابه الى الخل فى كون الأول ملكا و الثابت فى الثانى حقا ليقال لا دليل على حدوث هذا الحق بعد زوال الملك و المالية، بل الظاهر و لا أقل من أن مقتضى الاستصحاب كون الموجود فعلا- هو ملك من كان له فى السابق، و على ذلك فلا- بأس فى مثل الخمر المزبور بالمصالحة على عوض أو أخذ المال للاعراض عنها، حتى يملكها باذل المال بالحيازة، حيث أن المنهى عنه بيعها و السحت ثمنها و المصالحة و الاعراض لا يكونان بيعا، و العوض فيهما لا يكون ثمنا.

اللهم إلا- أن يقال مقتضى سقوط الشيء عن المالية شرعا كونه كسائر ما لا تكون له مالية فى اعتبار العقلاء، و أن أخذ المال و لو بعنوان المصالحة عليه أو الاعراض عنه أكل لذلك المال بالباطل، و ايضا لا بأس بالالتزام بحدوث الملك بالحيازة فى المباحات القابلة للنقل أو المملوكة بعد أعراض مالكها عنها، و أن الأخذ فى مثل ذلك يكون موجبا لدخولها فى ملك آخذها، و على ذلك سيرة العقلاء، بل ربما يمكن أن يقال باستفادة ذلك من صحيحة عبد اللّه بن سنان عن ابى عبد اللّه عليه السلام.

قال: «من أصاب مالا أو بعيرا فى فلاة من الأرض قد كلت و قامت و سيبها صاحبها مما لم يتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها و أنفق نفقته حتى أحياها من الكلال و من الموت فهى له و لا سبيل له عليها و إنما هى مثل الشيء المباح» «۱» و لكن مفادها التملك بالاحياء لا بمجرد الأخذ، و هذه الرواية نظير ما ورد فى الأراضى الميتة من كون إحيائها مملكا كما لا يخفى.

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۷) الباب: (۱۳) من أبواب اللقطة، الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۱

[النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به]

اشارة

النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم (۱)

[الأول ما لا یقصد من وجوده علی نحوه الخاص إلا الحرام]

[هیاکل العبادة]

فتحصل من جمیع ما ذکرنا أن الاستیلاء علی العذرة و جمعها بقصد تملکها موجب لکونها ملکا فیجوز المصالحة علیها أو الاعراض عنها بعوض، حتی إذا کان الغرض من جمعها ذلک، و حتی فیما إذا لم نقل بجواز بیعها. هذا ان لم نقل بما أشرنا إلیه من أن مقتضی إلغاء المالیة عنها کون أکل المال و لو بعنوان المصالحة علیها أو الاعراض عنها من أکله بالباطل کما فی سائر ما لا یکون ما لا فی اعتبار العقلاء کما لا یخفی.

(۱) الکلام فی النوع الأول کان فی أن نجاسة الشیء بالأصالة أو بالعرض هل تکون موجبة لعدم جواز الاکتساب به بحیث یکون الحکم بجواز البیع فی مورد محتاجا الی قیام دلیل علیه کما هو منسوب الی المشهور، بل نسب إلیهم عدم جواز الانتفاع الا مع نص خاص فیه کالاسراج بالأدهان المتنجسة، أو ان مجرد نجاسة الشیء أو تنجسه فی موارد ثبوت المنفعة المقصودة لا یمنع عن الاکتساب به، بل یحتاج المنع الی دلیل خاص، و الکلام فی هذا النوع فی أن ترتب المنفعة المحرمة علی شیء یکون موجبا لعدم جواز الاکتساب به، و هذا علی أقسام أشار إلیها:

(الأول)- أن لا- تکون المنفعة المترتبة علیه بما هو هو الا- الحرام، و لا یکون فیه بما هو غرض محلل آخر، کما فی هیاکل العبادة و آلات القمار و غیره، و لو لم یکن فی هذا القسم للشیء مالیة بحسب مادته ایضا، کما فی الصنم المصنوع من الجص أو الطین، حیث ان الطین و الجص المیت لا قیمة لهما فلا إشکال فی بطلان المعاملة و عدم جواز أخذ المال بإزائه، لأن انحصار المنفعة المقصودة منه بالمحرم یکون موجبا لدخول أخذ المال بإزائه فی عنوان أکل المال بالباطل، و إذا کانت لمادته مالیة کما فی الصنم المصنوع من الخشب، فالمعاملة علیه بما هو صنم أیضا باطلة، و ذلک فإن الهیئة المزبورة فی نظر العرف مقومة للمبیع، و ان کانت بنظر العقل من أوصافه، و لذا لو باع الشیء بعنوان السریر، فبان منبرا یحکم ببطلان البیع من غیر ان یثبت

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۲

....

للمشتری خیار تخلف الوصف، فالهیئة فی المقام کسائر الأوصاف المقومة للمبیع داخلة فی المعاملة، و بما أنه لیس لها فی مورد الکلام مالیة شرعا تکون المعاملة محکومة بالبطلان باعتبار أن تملک العوض معه داخل فی عنوان الأکل بالباطل.

ثم ان المعاملة المزبورة لا- تکون منحلة إلی معاملتین بالإضافة إلی المادة و الهیئة بأن تکون المعاملة علیه فی نظر العرف نظیر بیع شیئین بصفقة واحدة حتی یحکم بفسادها بالإضافة إلی الهیئة و بصحتها بالإضافة إلی المادة، و لذا لا تکون المادة ملکا لأحد و الهیئة ملکا لآخر، و إذا صنع خشب الغیر سریرا فان کان ذلک باذن منه فیستحق علیه أجرة المثل، و لا یملک هیئة السریر، فان لم یأذن فیه بل صنعه من عنده فلا یستحق علیه شیئا و لا یملک هیئته، و هذا بخلاف موارد بیع شیئین بصفقة واحدة، فإنه یمکن کون أحدهما ملکا لشخص و الآخر ملکا لآخر، نعم فی هذه الصورة تکون المعاملة علیه بعنوان المادة بلا دخل للهیئة فی أخذ العوض محکومة بالصحة، فإن کون المادة مالا- شرعا و عرفا یکون موجبا لدخول المعاملة علیها تحت الإطلاقات المقتضیة لنفوذها، نظیر ما إذا باع مقدارا من الحطب فظهر بعضه صنما مصنوعا من الخشب أو مقدارا من النحاس، فظهر بعضه آلة قمار مصنوعة منه و هکذا.

و ذکر السید الیزدی (ره) فی تعلیقته وجها آخر لبطلان المعاملة فی صورة وقوعها علی الصنم بما هو صنم، سواء کانت لمادته مالیة أو

لا و هو قوله سبحانه فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثٰانِ «۱» فإن بیعها ینافی الاجتناب عنها انتهی.
(لا یقال) ظاهر الاجتناب فی الأوثان ترک عبادتها و لا یعم ترک بیعها أو ترک إمساکها مع أن الأمر بالاجتناب تکلیف لا وضع، و غایة دلالة الآیة انه لو باع الوثن فعل حراما و اما فساد البیع فلا دلالة لها علیه (فإنه یقال) قد تقدم سابقا ان الأمر بالاجتناب عن الخمر یعم ترک بیعها و شرائها لعدهما من مقدمات شربها خصوصا إذا کان الشراء بقصد

(۱) سورة الحج (۲۲) الایة (۳۰)

....

شربها، و علیه فلا یبعد کون الأمر بالاجتناب عن الأوثان أیضا کذلک، فیعم الأمر به ترک بیعها و شرائها خصوصا إذا کان الشراء بقصد عبادتها، ثم بما أن النهی عن المعاملة ظاهر فی فسادها یکون الأمر بالاجتناب بالإضافة الی غیر المعاملة من سائر الأفعال تکلیفا و بالإضافة إلی البیع و سائر المعاملة وضعا و لا مانع من الجمع بین التکلیف و الوضع فی استعمال واحد کما لا یخفی.
و ذکر السید الخوئی طال بقاؤه فی وجه بطلان المعاملة فی موارد دخل الهیئة فیها أن الهیئة باعتبار کون المترتب علیها هو الحرام فقط لیست بشیء عند الشارع، فتکون المعاملة علیها من بیع المعدوم (أقول) هذا منه طال بقاؤه التزام باعتبار المالیة فی المبیع، و ذلک، فإنه ان کان المراد بنفی الشیء عن الهیئة عدم تحققها خارجا فالمفروض أنها موجودة، و ان کان المراد أنه لا نفع محلل فی تلک الهیئة فلا یکون مالا عند الشارع، فهذا التزام باعتبار المالیة حتی لا یکون أخذ المال بإزاء تلک الهیئة من اکله بالباطل، هذا.
و یمکن الاستدلال علی بطلان بیع الصنم و الصلیب بفحوی صحیحة عمر بن أذینة، قال: «کتبت الی أبی عبد اللّه (ع) أسأله عن رجل له خشب، فباعه ممن یتخذه برابط، فقال: لا بأس به، و عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذه صلبانا، فقال: لا» «۱» حیث ان ظهور النهی فی المعاملة فسادها، و إذا کان بیع الخشب للمشتری المزبور باطلا فکیف یکون بیع الصنم أو الصلیب منه صحیحا، و نحوهما معتبرة عمرو بن حریث «۲» و لکن سیأتی أن مقتضی مناسبة الحکم و الموضوع هو کون النهی عن بیع الخشب من المشتری المزبور تکلیفا و بملاک دفع فساد الشرک و سد الطریق الیه کما لا یخفی.
بقی فی المقام أمر و هو انه قد التزم المحقق الإیروانی بالصحة فیما إذا کانت لمادة الصنم مالیة حتی مع فرض بیعها بعنوان الصنم، و ذکر فی وجهها أن المنفعة

(۱) وسائل الشیعة، الجزء (۱۲) الباب: (۴۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱)
(۲) وسائل الشیعة، الجزء (۱۲) الباب: (۴۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۲)

....

المحرمة لا توجب بطلان البیع فیما إذا کان فی المبیع منفعة محللة مقصودة ایضا، و لا فرق بین أن یکون کلتا المنفعتین مترتبتین علی الهیئة فقط أو تترتب إحداهما علی المادة و الأخری علی الهیئة کما فی المقام، فان لمثل الصنم المصنوع من الصفر أو الخشب منفعة محللة باعتبار مادته و محرمة باعتبار هیئته، و لا یخفی ما فیه فإنه یصح البیع فیما إذا کانت المنفعتان مترتبتین علی الهیئة، و لا یصح فیما إذا کان المترتب علیها هو المحرم فقط، و ذلک فان مع ترتب المنفعتین علی الهیئة تکون لها مالیة شرعا، فلا یکون أخذ المال

بإزائها من اكله بالباطل، بخلاف ما إذا لم يكن المترتب عليها الا الحرام فقط حيث لا يكون لها فى هذا الفرض مالية، فأخذ المال بإزائها أكل له بالباطل، و الثمن و ان لم يقع بإزاء الهيئة فقط بل بإزاء مجموع المادة و الهيئة، الا أن عدم انحلال البيع بالإضافة إليهما يوجب بطلان البيع رأسا، نظير الثمن فى مثل الحيوان، فإنه و ان وقع فى مقابل المجموع الا- أنه لا يكون البيع بالإضافة الى الاجزاء الخارجية للحيوان انحلاليا.

و يمكن الاستدلال على البطلان فيما كان لمادة الصنم بعد محو صورتها مالية بفحوى ما دل على بطلان بيع الجارية المغنية، حيث ان كون الجارية مغنية إذا أوجب بطلان بيعها باعتبار أن الوصف المزبور مادة و منشأ فى الغالب للهو الذى فساده دون فساد الشرك و الوصف كما سيأتى لا يقابله الثمن، بل يكون داعيا الى زيادته، فكيف يصح بيع الصنم الذى يقابل فيه الثمن الهيئة التى منشأ فساد عظيم. و استعماله بين قوم فى أمر مباح لا يخرجه عن كونه إله المشركين و معبودهم، فلا يجوز بيعه و شراؤه حتى فيما إذا عدوه من الأشياء العتيقة و ادخروه فى مثل المتاحف لهذا الغرض، و لا- يبعد- باعتبار كونه مادة لهذا الفساد العظيم- الالتزام بوجوب محو صورته كما يظهر من كلماتهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۵

و حمله على الإتلاف (۱) و لعل التقييد فى كلام العلامة (۲)

[آلات القمار و أوانى الذهب و الفضة]

و يدل عليه جميع ما تقدم فى هياكل العبادة (۳)

---

(۱) بان يزيل الغاصب هيئتها أولا و يتلف مادتها بعد ذلك، و هذا الحمل تمحل أى تكلف بلا موجب.

(۲) وجه المصنف (ره)- تقييد جواز بيع المادة قبل إزالة هيئتها فى كلام العلامة بكون المشترى ثقة فى دينه- بان دفع هيكل العبادة إلى المشترى مع عدم الوثوق بديانته تقوية لوجه من وجوه المعصية، و ظاهر حديث تحف العقول بطلان البيع معه، ثم أورد على ذلك بان بيع المادة و دفع الهيكل قبل إزالة هيئته إلى المشترى لا يزيد على الإعانة على الإثم التى بمجردها لا تكفى فى الحكم ببطلان المعاملة، فإن انطباق العنوان المحرم على المعاملة لا يكون موجبا لبطلانها، مع أن الإعانة انما تكون بدفعه إلى المشترى قبل إزالة الهيئة لا ببيع مادته و لو قبل إزالة الهيئة ثم يكسر و يدفع الى المشترى و لا بأس أيضا بالكسر المزبور بعد البيع و بعد فرض دخوله فى ملك المشترى، فان المشترى لا يملك الهيئة و لا تكون مالا بل لا يبعد ان يقال بوجوب إزالة الهيئة كفائيا حسما لمادة الفساد، و إذا قام به المشترى سقط عن البائع و الا يباشر بها قبل الدفع مع عدم الثقة.

(لا يقال) لعل التقييد فى كلام العلامة بكون المشترى موثوقا فى ديانته باعتبار عدم جواز بيع المادة قبل إزالة الهيئة تكليفا لا وضعا، فلا- يرد عليه ما ذكره المصنف (ره) (فإنه يقال) ظاهر قول العلامة (يجوز بيعها من المشترى المزبور) هو صحته و نفوذه، فينتفى فيما إذا لم يكن المشترى موثوقا فى دينه، و هذا ظاهر الجواز أو عدم الجواز المضاف الى المعاملات، مع أن الحرمة تكليفا فى دفع الهيكل إلى المشترى قبل إزالة هيئته لا فى نفس البيع.

(أقول) لو تم الدليل على بطلان بيع الخشب فيما إذا أحرز بائعه ان المشترى يصنعه صنما أو صليبا لكان مقتضاه بطلان بيع مادة الصنم، مع العلم بأن المشترى لا يزيل الهيئة و لكن سيأتى أن عدم جواز بيعه تكليف فقط.

(۳) أقول: يأتى فى آلات القمار بأنواعها فيما إذا بيعت بعنوان أنها آلة القمار ما تقدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۶

و قوى فى التذكرة الجواز مع زوال الصفة (۱)

من كون أكل المال فى مقابلها من اكله بالباطل، فيكون بيعها فاسـدا حتى فيما إذا كانت لموادها بعـد إزالـة هيئاتها ماليـة، و ذلك لما تقـدم من عـدم انحلال البيع بالإضافة إلى المادة و الصورة إلى بيعين حتى يحكم بصـحة أحـدهما و بفساد الآخر، و اما سائر الوجوه المتقدمة فلا مجرى لها فى المقام. نعم لا يبعد دعوى العلم فيها ايضا بوجوب إزالة هيئتها حسـما لمادة الفساد، و بما أن وجوب الإزالة فى آلات القمـار مجرد تكليف فلا يوجب عـدم إزالتها فساد البيع حتى فيما إذا علم بان مشتريها لا يزيل الهيئـة، و لو باع قبل إزالتها و دفعها الى المشترى المزبور كما هى فعل حراما، بخلاف ما إذا أزالها قبل دفعها اليه أو دفع الى المشترى الـذى يثق بأنه يزيلها، لان وجوب الإزالة على تقديره واجب كفائى يكون قيام المشترى به كافيا فى سقوط التكليف.

ثم ان هـذا لا ـ يجرى فى مثل أوانى الـذهب و الفضـة حتى لو قيـل بحرمـة صـنعهما و بفساد بيعهما، و أنه لا تختص الحرمـة بالأكل و الشـرب فيهمـا، و وجه عـدم الجريـان عـدم الـدليل على وجوب إزالـة هيئتهما، و لو باع أحـدهما بعنوان الـذهب أو الفضـة و دفعه الى المشترى قبل إزالة الهيئة، فلا بأس حتى مع علمه بان مشتريه لا يزيلها، فما فى كلام جملة من الأصحاب من تسوية حكمهما مع حكم آلات القمار بل مع حكم الصنم و الصليب فيه ما لا يخفى، بل الأظهر جواز بيعهما بما هى آنية ذهب أو فضة و جواز صنعهما و أخذ الأجرة عليه، لان المحرم استعمالهما فى الأكل و الشرب و الطهارة لا الاقتناء و التزيين بهما. و الحاصل أن لهما منفعة مقصودة محللة و باعتبارها تكونان من الأموال و لتمام الكلام فيهما محل آخر.

(۱) ان كان المراد بزوال الصـفة زوالها عنـد البائع بأن يبيع الآلات بعد زوال هيئتها فالأمر كما يذكر المصـنف (ره) من عدم قائل بعدم الجواز فى الفرض، و لا ينبغى جعله مورد الخلاف بين العلامـة و غيره، و ان أراد زوالها عنـد المشترى بأن يكسـرها المشترى فكسـرها غير معتبر فى صـحة بيعها بعنوان مكسورها كما تقدم، و الظاهر مراده الكسر عند المشترى و استفاد ذلك من كلام العلامة بحمل الثقة فيه على الطريقية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۷

مثل ما يعملونه شبه الكرة (۱)

[الدراهم]

بناء على جواز ذلك (۲)

---

(۱) الترثـة اسم لمـا يعملونه شـبه الكرة، و الصولجان هو العصا الـذى يضـربون به الترثـة عنـد اللعب، و حيث لم يكن فى البين رهن لا يـدخل اللعب فى القمـار حتى يحكم بحرمته فلا بأس ببيع ما كان من هـذا القبيل مما يعـد للعب فقط كان هنا رهن أو لا، و لا يـدخل ذلك فى المعاملة على الآلات المعدة للقمار كما لا يخفى.

(۲) اى بناء على جواز مثل التزيين بها أو دفعها الى الظالم، بان يجوز إبقاؤها و لا يجب إتلافها، و لا يخفى أن مثل الـدفع الى الظالم لا يكون من المنفعة المقصودة الموجبة للمالية. نعم فائدة التزيين و نحوه من المنفعة المقصودة، كما أشـرنا الى ذلك فى أوانى الذهب و الفضة. ثم إنه يقع الكلام فى الدراهم أو الدنانير المغشوشة كان غشها من جهة مادتها أو سكتها، بان كانت السكة فيها غير التى تكون بها المعاملة فى جهتين (الأولى)- اقتناؤها، و (الثانية)- صحة المعاملة بها على تقديرى جواز الاقتناء و عدمه.

اما الجهة الأولى فقد يقال بعدم جواز الاقتناء و يستدل عليه برواية الجعفى، قال:

«كنت عند أبى عبد اللّه (ع)، فالقى بين يديه دراهم، فألقى إلى درهما منها، فقال:

أيش هذا؟ فقلت: ستوق، فقال: و ما الستوق؟ فقال: طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة فقال: اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا

و لا إنفاقه» «۱» و ظاهر الأمر بالكسر إزالهٔ عنوان الدرهم أو الدينار و إسقاطه عن كونه معرضا للبيع و الإنفاق، و لكن الروايهٔ فى نفسها ضعيفهٔ و معارضهٔ بما دل على جواز المعاملهٔ بالمغشوش مع اعلام حاله حيث أن مقتضى جواز بيع المغشوش كذلك جواز اقتنائه، ففى صحيحهٔ محمد بن مسلم المرويهٔ فى الباب المزبور قال: «قلت لأبى عبد اللّه (ع): الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره، ثم يبيعها، قال: إذا بين (الناس) ذلك فلا بأس» «۲» و نحوها غيرها.

و يستدل على عدم جواز الاقتناء برواية موسى بن بكر قال: «كنا عند ابى الحسن- عليه السلام-، و إذا دنانير مصبوبهٔ بين يديه، فنظر الى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين،

---

(۱) وسائل الشيعهٔ الجزء (۱۲) الباب: (۱۰) من أبواب الصرف، الحديث: (۵)

(۲) وسائل الشيعهٔ الجزء (۱۲) الباب: (۱۰) من أبواب الصرف، الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۸

بطل البيع (۱) و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات (۲)

ثم قال لى: ألقه فى البالوعهٔ حتى لا يباع شىء فيه غش» «۱» و الأمر بإلقائه فى البالوعهٔ ظاهر فى وجوب إزالته، و يعم الوجوب كل ما فيه غش، و لو لم يكن درهما كما هو مقتضى التعليل. هذا، و لكن لا بد من حملها على صورهٔ عدم كون مادته مالا، و الا يكون إلقاؤه فى البالوعهٔ خصوصا بعد كسره من تبذير المال، مع أنها ايضا باعتبار ضعف سندها غير قابلهٔ للاعتماد عليها فى مقابل ما تقدم من المعتبرهٔ الدالهٔ على جواز المعاملهٔ بالمغشوش مع بيان حاله.

(۱) ظاهر كلامه صورهٔ وقوع المعاملهٔ على الشخص لا الكلى، و الا لكان للطرف الاستبدال لا بطلانها أو ثبوت الخيار، و إذا وقعت المعاملهٔ على الشخص، فان وقعت بعنوان الدرهم المسكوك بالسكهٔ الرائجهٔ، و كان الغش فى السكهٔ يحكم ببطلان المعاملهٔ، فإن السكهٔ الرائجهٔ من الأوصاف المقومهٔ للمال، فيكون تخلفها موجبا لبطلانها، و كذا إذا كان الغش فى المادهٔ، بحيث يوجب انتفاء عنوان الدرهم عنه، و الا كان للآخر خيار العيب، و أما إذا وقعت عليه المعاملهٔ بعنوان الذهب أو الفضهٔ، و كان الغش باعتبار السكهٔ، فلا يوجب التخلف خيارا لا العيب و لا التدليس، بل خيار التدليس غير خارج عن خيار العيب أو تخلف الوصف المشروط، فما يظهر من كلامه (ره)- من ثبوت خيار التدليس فى الفرض (أى فى صورهٔ وقوع المعاملهٔ على المادهٔ و ثبوت الخلاف فى السكهٔ)- لا يمكن المساعدهٔ عليه.

(۲) لم يظهر لى وجه ربط هذا الكلام بما قبله، حيث أن الدرهم أيضا إذا بيع بعنوان أنه درهم مسكوك بالسكهٔ الرائجهٔ فظهر غيره يحكم ببطلان بيعه، و لا يصح البيع بالإضافهٔ إلى مادته من الذهب أو الفضهٔ، و الوجه فى ذلك ما ذكرناه من كونه مسكوكا بها كالهيئهٔ فى الآلات و الصنم مقوم للمبيع، و بما أن المبيع فى الفرض ينظر العرف شىء واحد لا تعدد فيه، و قد بيع بثمن، فاما يصح البيع مطلقا أو يبطل مطلقا،

---

(۱) وسائل الشيعهٔ: الجزء (۱۲) الباب: (۸۶) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۵)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۷۹

[القسم الثانى ما يقصد منه المتعاملان المنفعهٔ المحللهٔ]

اشارة

القسم الثانی ما یقصد منه المتعاملان (۱)

و انما یکون الانحلال فی موارد تعدد المبیع بنظر العرف، بحیث ینحل البیع الی بیع کل واحد من ذلک المتعدد، کما انه إذا لم یکن الوصف عنوانا مقوما للمبیع، بل کان من الأوصاف التی تکون داعیة الی زیادة القیمة، فإن ظهر التخلف فیها یثبت خیار الفسخ، و لو کان الوصف أمرا فاسدا، فبطلان البیع مع اشتراطه مبنی علی کون الشرط الفاسد مفسدا، نعم لا کلام فی البطلان فی مورد قیام دلیل خاص علیه کما فی بیع الجاریة المغنیة علی ما سیأتی ان شاء اللّه تعالی.

(۱) و حاصله أن فی المقام مسائل ثلاث: (الاولی) ما إذا کان توافقهما علی خصوص المنفعة المحرمة. (الثانیة) ما إذا کان الملحوظ کلتا المنفعتین المحللة و المحرمة کما هو الحال فی بذل الثمن للجاریة المغنیة (الثالثة)- ما إذا کانت المنفعة المحرمة و استعمال الشیء فی الحرام داعیا لهما الی المعاملة، کما إذا اشتری العنب و کان قصدهما تخمیره، و لکن بلا التزام منهما خارجا أو اشتراطه فی المعاملة.

ثم إنه لا إشکال فی فساد المعاملة و حرمتها فی الأولی، حیث أن المعاملة مع الالتزام و الإلزام بالمنفعة المحرمة تکون إعانة علی الإثم، و أخذ العوض أکلا له بالباطل، سواء ذکرا هذا الإلزام و الالتزام فی العقد بعنوان الشرط أو لا.

(أقول): إثبات الحرمة للمعاملة المزبورة تکلیفا و وضعا موقوف علی حرمة مجرد الإعانة علی الإثم، و کون أکل الثمن فیها أکلا له بالباطل، و لکن المحرم هو التعاون علی المعصیة و العدوان، بان یجتمع اثنان أو أکثر علی تحقیق الحرام و إیجاده، و صدور الحرام عن شخص و تحقیق مقدمة من مقدماته من شخص آخر المعبر عن تحقیق المقدمة بالإعانة علی الإثم لا یکون من التعاون علی ذلک الحرام، و لو کان مجرد الإعانة علی الإثم محرما، لکان بیع العنب ممن یعمله خمرا حراما تکلیفا، حتی مع عدم اشتراط التخمیر و عدم قصد البائع ذلک، و کذا لا یمکن الالتزام بالفساد، فان الثمن فی المعاملة لا یقع بإزاء الشرط أو المنفعة، بل إنما یقع بإزاء نفس المبیع، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۸۰

....

و بما أن للمبیع منفعة محللة و مالیة شرعا یکون الحکم بالفساد مع اشتراط المنفعة المحرمة مبنیا علی کون الشرط الفاسد مفسدا للعقد، هذا کله بالإضافة إلی البیع.

و أما بالإضافة إلی الإجارة فإن کان الشرط راجعا الی تضییق مورد الإجارة و تقییدها بالمنفعة المحرمة تکون باطلة باعتبار أن أخذ الأجرة بإزاء تلک المنفعة من أکل المال بالباطل، و هذا بخلاف ما إذا رجع الشرط الی التزام زائد علی أصل الإجارة بحیث یکون التخلف من المستأجر فی مثل الشرط موجبا لثبوت خیار الفسخ للموجر لا المطالبة بأجرة المثل عما أتلفها علیه من المنفعة، فإن مع عدم تقیید مورد الإجارة تکون بطلانها باشتراط الحرام مبتنیا علی مسألة فساد العقد بفساد الشرط، نعم فی روایة جابر (صابر) قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یؤاجر بیتا فیباع فیه الخمر قال: حرام أجره» «۱» و لکنها لو حملت علی صورة تقیید المنفعة فهو، و الا- فلا یمکن الاعتماد علیها لضعفها سندا و معارضتها بحسنة ابن أذینة، قال: «کتبت إلی أبی عبد اللّه علیه السلام أسأله عن رجل یؤاجر سفینته و دابته ممن یحمل فیها أو علیها الخمر، و الخنازیر، قال: لا بأس» «۲».

هذا مع أن الروایتین غیر ناظرتین إلی صورة الاشتراط، و ما ذکره (ره)- فی الجمع بین الروایتین من حمل الثانیة علی صورة اتفاق حمل الخمر أو الخنزیر من غیر أن یؤخذ رکنا أو شرطا فی العقد- لا- یمکن المساعدة علیه، فان کون الحرمة متیقنة- من روایة بالإضافة إلی أمر و الجواز من روایة أخری بالإضافة إلی أمر آخر- لا یوجب کون کل منهما قرینة عرفیة علی التصرف فی الأخری،

كما تقدم ذلك فى علاج المعارضة بين ما ورد من أن ثمن العذرة سحت، و ما ورد من عدم البأس به و لعله الى ذلك أشار (ره) فى آخر كلامه بقوله فتأمل.

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۳۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۱)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۳۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۸۱

....

و الحاصل أنه لو تم الحكم بالبطلان فى المسألة الثالثة الاتية ثبت فى هذه المسألة أيضا بالفحوى، و الا فلا موجب للالتزام فى المسألة بالفساد، بل و لا لحرمة المعاملة تكليفا، نعم شراء المشترى العنب للتخمير داخل فى التجرى، و إلزام البائع داخل فى ترغيب الناس للحرام، و هذا لا يوجب حرمة نفس المعاملة كما لا يخفى. نعم لا بأس بالالتزام بالحرمة تكليفا فى بيع العنب حتى فيما إذا كان التخمير مما التزم به المتعاقدان خارجا بلا اشتراطه فى البيع بفحوى اللعن الوارد على غارس الخمر، و لكن الحرمة لا تقتضى فساده كما هو المقرر فى محله. و ربما يقال فى وجه بطلان المعاملة- فى مثل بيع العنب بشرط أن يصنعه خمرا- أن هذا الشرط ينافى مقتضى العقد، و وجه منافاته له أنه كما ان بيع الشىء مع اشتراط عدم الانتفاع به أصلا مساوق لاشتراط عدم ملك المبيع للمشترى و عدم كونه مالا له، كذلك اشتراط عدم الانتفاع به انتفاعا حلالا، حيث أن هذا الشرط مع انضمام منع الشارع عن التخمير مثلا إسقاط للعنب عن كونه ملكا و مالا للمشترى من جهة التخمير و من جهة سائر المنافع، فلا يتم البيع الذى حقيقته جعل المبيع ملكا و مالا للمشترى بإزاء الثمن، و هذا الفساد لا يرتبط بالقول بكون الشرط الفاسد مفسدا، فان تلك المسألة فيما إذا لم يكن الشرط موجبا لفقد شرط أو ركن من أصل المعاملة، و الا كان أصل العقد باطلا حتى مع الالتزام فيها بعدم الإفساد.

(أقول): الموجب لبطلان الشرط بل بطلان المعاملة معه فيما إذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد هو عدم قصد إنشاء المعاملة مع الشرط المزبور، مثلا فى قول البائع بعتك هذه العين بكذا بشرط أن لا تدخل فى ملكك كان الشرط باطلا و مبطلا للبيع، لرجوعه الى عدم قصده تمليكها للمشترى، مع أن البيع هو تمليك العين بعوض، و أما إذا كان الشرط ملائما لجعل الملك و اعتبار دخول المبيع فى ملك المشترى، كما إذا قال بعتك هذا المال على ان يخرج عن ملكك، فيدخل فى مسألة

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ۱، ص: ۸۲

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۸۲

....

كون الشرط الفاسد مفسدا أم لا. و هذا فى المورد الذى يكون الخروج عن الملك محتاجا الى سبب، و الا فلا بأس بالشرط فى مثل بيع العبد من ابنه الحر بشرط خروجه عن ملكه، و اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع أصلا لا يلازم عدم دخول العين فى ملك المشترى، بل يصح البيع و الشرط معا فيما إذا كان فى الاشتراط غرض عقلائى، كما إذا باعه قطعة من الذهب و اشترط أن لا ينتفع بها أصلا، و كان غرضه بقاؤها حتى تصل إلى ورثة المشترى. و اما إذا لم يكن فيه غرض عقلائى كان الشرط باطلا، كما إذا باع العنب و اشترط عدم

الانتفاع به أصلا، حیث ان الشرط- لکونه سفهائیا و العمل به تبذیرا للمال- باطل، و لکن لا ینافی هذا الاشتراط قصد دخول العنب فی ملک المشتری.

(لا- یقال) العنب مع الشرط المزبور لا یکون مالا، فیکون أکل الثمن بإزائه من أکل المال بالباطل (فإنه یقال) إنما لا یکون العنب مالا فیما إذا کان الشرط نافذا، و أما مع إلغائه کما هو مقتضی کون الشرط سفهائیا، فلا یدخل تملک الثمن بإزاء العنب فی العنوان المزبور.

(و الحاصل) أن اعتبار الملک للمشتری لا ینافی اشتراط عدم انتفاعه بالمبیع، بل الشرط المزبور ینافی کونه مالا مع نفوذه و لزومه، و المفروض أنه غیر لازم و غیر نافذ حتی فی اعتبار العقلاء، فیکون المبیع ملکا و مالا للمشتری کما هو مقتضی إطلاق دلیل حل البیع، و هذا فیما إذا اشترط فی البیع عدم الانتفاع بالمبیع أصلا بأی انتفاع، و أما إذا کان الشرط عدم الانتفاع المحلل أو الانتفاع به بالمحرم فلا ینافی الشرط الملک، و لا کون المبیع مالا، و ذلک فان اعتبار شیء ملکا للمشتری و مالا له فی اعتبار المتعاقدین لا یتوقف علی ثبوت المنفعة المحللة له، و لذا یتعاملون فیما بینهم علی الخمر و غیرها مما لا منفعة محللة له. و علی ذلک فبیع العنب مع اشتراط تخمیره بیع فی اعتبار العقلاء، و بما أن دلیل إمضاء الشروط لا یعم اشتراط تخمیره فالشرط المزبور

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۳

[بیع العنب علی أن یعمل خمرا]

و الفرق بین مؤاجرة البیت (۱)

ملغی، و بعد إلغائه لا مانع من شمول أحل اللّه البیع لبیع العنب و اعتبار کونه ملکا و مالا للمشتری، لأن المفروض أن العنب مال حتی شرعا لثبوت المنفعة المحللة له، و لو کانت تلک المنفعة ملغاة عند المتعاقدین باشتراط التخمیر.

و ذکر السید الخوئی طال بقاؤه أن المعاملة مع اشتراط المنفعة المحرمة و إن کانت صحیحة، إلا أنها محرمة تکلیفا، و ذکر فی وجه ذلک أن إلزام الغیر بالمحرم- کاکراهه علیه- حرام، فالمعاملة المشتملة علی الشرط الحرام بما أنها إلزام للغیر بالمحرم تکون محرمة. و لکن حرمتها بهذا العنوان کحرمتها بسائر العناوین الطارئة علیها لا تکون موجبة لفسادها.

و لا- یخفی ما فیه فان الشرط فی مثل التخمیر من الأعمال لیس بنفسه إلزاما للغیر، بل هو التزام علی نفسه للغیر، و إذا تم هذا الالتزام یکون للغیر حق إلزامه، فیکون الإلزام من آثار صحة الشرط لا نفس الشرط الذی لا حرمة فیه الا وضعا. نعم هو قسم من التجری، و الحاصل أن الإلزام فی شرط الأعمال فعل للمشروط له و خارج عن أصل المعاملة و شرطها، و اثر لتمام الشرط فیها، فلا یترتب فیما إذا لم یتم الشرط، کما إذا کان المشروط عملا محرما.

(۱) کأنه (ره) یرید دفع ما یمکن ان یقال من أنه قد ورد المنع فی روایة جابر المتقدمة عن إیجار البیت لیباع فیه الخمر، و قد حمل (ره) تلک الروایة علی صورة الاشتراط بان یشترط فی إیجارها استیفاء منفعة البیت ببیع الخمر فیها، أو أن یجعل تلک المنفعة رکنا، بان یکون متعلق التملیک فی الإجارة خصوص قابلیة البیت لبیع الخمر فیه و لا- یرضی (ره) ان یحمل علی الاشتراط ما ورد فی بیع الخشب ممن یصنعه صنما أو صلیبا، فما الفرق بینهما؟ و أجاب بالفرق بینهما و ان الاشتراط فی مثل بیع الخشب بعید عن المسلم، بخلاف اجارة البیت لبیع الخمر أو إحرازها فیه، بان یجعل بیعها فیه أو إحرازها رکنا فی عقد الإجارة أو شرطا فیه، فان صدور هذا النحو من الإیجار من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۴

مع أن الجزء أقبل للتفکیک بینه و بین الجزء الآخر (۱)

[و يحرم المعاوضة على الجارية المغنية]

و يحرم المعاوضة على الجارية المغنية (۲)

المسلم غير بعيد، كما إذا كانت الأجرة فى مقابل تلك المنفعة زائدة على أجرة سائر منافعها، و بما أن السائل يحتمل حرمة هذا الإيجار و فساده فسأل الإمام (ع) عن حكمه.

(۱) كأنه (ره) يريد بيان وجه بطلان المعاملة رأسا فى مورد اشتراط صرف المبيع فى الحرام، مع أن المفروض أن للمبيع منفعة محللة مقصودة. و حاصل الوجه أنه قد تقدم فى بيع آلات القمار و نحوها بطلان المعاملة رأسا و عدم انحلالها إلى المعاملة على الهيئة و المعاملة على المادة، حتى تبطل الاولى و تصح الثانية، مع أن كلا من الهيئة و المادة جزء الشىء، و انحلال المعاملة على الكل إلى المعاملة على الاجزاء أولى مما نحن فيه، مما تكون المعاملة جارية على الشرط و المشروط. و المراد بالشرط المنفعة المحرمة و بالمشروط نفس الشىء.

و بعبارة أخرى لا يكون مع بذل الثمن على الشىء بلحاظ منفعته المحرمة انحلال فى المعاملة لتبطل بالإضافة إلى الشرط، و تصح بالإضافة إلى أصل المشروط (أقول): هذا الكلام باطل و السر فى ذلك أن الثمن فى البيع لا يقع بإزاء الشرط أو المنفعة من غير فرق بين المحلل منهما أو المحرم، و لذا لا يثبت مع تخلف الشرط أو المنفعة إلا الخيار لا تبعيض الثمن. و على ذلك ففى مورد بطلان الشرط الذى فى نفسه التزام آخر غير أصل البيع لا موجب لبطلان نفس البيع، و هذا بخلاف صورة كون الهيئة مما لا يتمول شرعا، كآلات القمار، فإنه لا يمكن فيها تصحيح البيع بالإضافة إلى المادة بعد بطلانه بالإضافة إلى الهيئة، لما تقدم من ان الثمن فى بيعها يقع بإزاء الهيئة و المادة بما هما شىء واحد، فلا يصح البيع بالإضافة إلى أحدهما بعد بطلانه بالإضافة إلى الآخر فلاحظ و تدبر.

(۲) حاصل ما افاده (ره) أنه إذا كانت فى العين صفة يقصد منها الحرام ككون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۸۵

....

الجارية مغنية و العبد ماهرا فى القمار أو السرقة فللبيع صور ثلاث.

(الاولى) ما إذا جرت المعاملة على تلك العين و لوحظ فيها الوصف المزبور بان زيد الثمن باعتباره، و يجعل ذلك الوصف شرطا فى تلك المعاملة ففى هذه الصورة يحكم ببطلانها باعتبار أن تقسيط الثمن على الوصف غير متعارف، و انما يكون الوصف داعيا إلى زيادة الثمن، فيكون أخذ ذلك الثمن بإزاء تلك العين المشروط فيها الوصف المزبور من تملكه بالباطل.

(الثانية) ما إذا اشترى الجارية المغنية بما هى جارية أى لم يشترط فى بيعها كونها مغنية، بحيث لو فرض عدم ثبوت الوصف فيها واقعا لم يثبت فى اعتبار المتعاملين للمشترى خيار تخلف الوصف، ففى هذه الصورة يصح البيع حتى فيما إذا كان الوصف داعيا إلى شرائها، بل و بذل ثمن زائد عليها، حيث أن مع عدم اشتراط وصف كونها مغنية لا يكون أخذ الثمن بإزائها من أكله بالباطل.

(الثالثة) ما إذا جعل كونها مغنية شرطا فى المعاملة و زيد ثمنها باعتبار الوصف، إلا أنه لم يقصدا الحرام من ذلك الوصف بل جعلاه شرطا باعتبار أنه وصف كمال قد يصرف فى المحلل، بان يكون منشأ للحلال، كالغناء فى الأعراس، ففى هذه الصورة مع كون المنفعة المحللة المترتبة على الوصف مقصودة للعقلاء و لم تكن نادرة فلا بأس بالبيع المزبور.

و أما إذا كانت نادرة فهل يكون الوصف المشروط المترتب عليه المنفعة الغالبة المحرمة مع المنفعة النادرة المحللة على الفرض، كالعين التى لها منفعة غالبة محرمة و منفعة نادرة محللة، بان لا يجوز البيع بمجرد تلك المنفعة النادرة أو أنه لا بأس باشتراط الوصف

المزبور، و لاـ یقاس الوصف بـالعین؟ ذکر (ره) ان الأـقوی عـدم الإلحاق و الحکم بصـحة بیع الجاریـة المغنیـة مع شـرط کونها مغنیة بلحاظ أنها صفة کمال تصرف فی الحلال و لو نادرا. و ما ورد من أن ثمن الجاریة المغنیة سحت منصرف الی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۶

[یحرم بیع العنب ممن یعمله خمرا]

اشارة

یحرم بیع العنب ممن یعمله خمرا (۱)

الغالب یعنی إلی البیع فی الصورة الاولی، و وجه القوة أن الجاریـة لها منفعة مقصودة محللة کالاسـتمتاع بها و اشتراط کونها مغنیة انما توجب کون المـأخوذ فی مقابلهـا أکلاـ للمـال بالباطل، فیما إذا کان المقصود من الصـفة هو الحرام و مع عـدم قصـد الحرام لا توجب ذلک، و هذا بخلاف ما إذا لم یکن فی العین إلا المنفعة المحللة النادرة غیر الملحوظة عند العقلاء، حیث یکون أکل الثمن بإزائها من أکله بالباطل.

(أقـول) إذا لم یکن الوصـف من الأوصـاف المقومـة للمـبیع یکون الثمن فی المعاملـة بـإزاء نفس العین، حـتی فی صورة اشـتراطه فی المعاملـة، و لیس شـرط الوصف قیـدا للمبیع، بل کما هو المقرر فی محله التزام آخر غیر أصل المعاملـة، و حقیقـة اشتراط الوصف هو جعـل المشتری الخیـار لنفسه فی صورة تخلف ذلـک الوصف، و لو فرض بطلاـن هـذا الجعل، فلا بأس بشـمول أحل اللّه البیع لأصـل المبادلـة، و کیف یکون أخذ الثمن بإزاء الجاریة من أکله بالباطل، مع أن الجاریة- المفروض وقوع تمام الثمن بإزائها فی نفسـها- من الأموال.

و الحاصل أن الحکم بالبطلان فی المقام علی خلاف القاعـدة و للنص الوارد فی أن ثمن الجاریة سـحت. و النص المزبور یعم الصورة الثالثة أیضا. و دعوی انصـرافه إلی الصورة الأولی فقط بلا وجه. نعم لا یعم الصورة الثانیة لظهوره فی بیع الجاریة المغنیة بما هی مغنیة، و فی تلک الصورة یکون بیعها بما هی جاریة کما لا یخفی. و علی ذلک، فإن أمکن الاطمئنان بعدم الفرق فی الحکم بین بیع الجاریة المغنیة و بین مثل بیع العبد الماهر فی القمار یتعدی عن مورد النص و إلا فیقتصر علی مورده.

(۱) تعرض (ره) أولاـ لمـا إذا بـاع مثلا العنب ممن یعمله خمرا و یکون داعیه الی بیعه منه تخمیره، و نفی فی هـذه الصورة الاشـکال و الخلاف فی حرمـة البیع، و ظاهر الحرمـة عنـد إضافتها إلی البیع، و ان کان هو الفساد، إلا أن تعلیلها یکون البیع إعانـة علی الإثم قرینة علی کون المراد هو التکلیف. ثم تعرض لما إذا باع العنب مثلا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۷

....

ممـن یعملـه خمرا مـن غیر أن یکـون داعیـه الی بیعه منه تخمیره، بحیث یـبیعه منه حـتی لـو لم یعمله خمرا، و ذکر أن الأـکثر فی هـذا الفرض علی الجواز لبعض الأخبار، کصـحیحة عمر بن أذینة، قال: «کتبت إلی أبی عبد اللّه (ع) أسأله عن رجل له کرم، أ یبیع العنب و التمر ممن یعلم أنه یجعله خمرا أو سـکرا؟ فقـال: إنمـا بـاعه حلالا فی الإبان الـذی یحل شـربه أو أکله فلا بأس ببیعه» «۱» و روایة أبی کهمس، قال: «سأل رجل أبا عبد اللّه (ع) عن العصـیر، فقال: لی کرم و أنا أعصره کل سنة و اجعله فی الدنان- إلی ان قال (ع)- هو ذا نحن نبیع تمرنـا ممن نعلم أنه یصـنعه خمرا» «۲» و نحوهمـا غیرهمـا و فی مقابلهما صـحیحة ابن أذینـة و معتبرة عمرو بن حریث، و فی الأولی: «کتبت الی ابی عبـد اللّه (ع) عن رجل له خشب، فباعه ممن یتخـذه صـلبانا قال: لا» «۳» و فی ثانیهما، قال: «سألت أبا عبـد اللّه

(ع) عن التوت أبیعه ممن یصنع الصلیب و الصنم؟ قال: لا» «۴» و عن بعض الجمع بین الطائفتین بحمل الناهیة علی صورة اشتراط المنفعة المحرمة علی المشتری و المجوزة علی غیر صورة الاشتراط. و أورد (ره) علی ذلک بأنه بعید فإنه لا یکون للمسلم داع فیما إذا باع شیئا الی ان یشترط علی مشتریه استعماله فی الحرام ثم یسأل الإمام (ع) عن ذلک، فلا یمکن حمل صحیحة ابن أذینة و نحوها علی ذلک، و ذکر (ره) وجهین آخرین فی الجمع بینهما (الأول) حمل الناهیة علی الکراهة بشهادة صحیحة الحلبی عن أبی عبد اللّٰه (ع) أنه «سئل عن بیع العصیر ممن یصنعه خمرا، فقال بیعه ممن یطبخه أو یصنعه خلا أحب الی، و لا أری بالأول بأسا» «۵» حیث أن التعبیر عن ترک البیع بالأحب و نفی البأس بعده قرینة علی

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۹) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث (۵)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۹) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث (۶)

(۳) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب (۴۱) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۱)

(۴) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب (۴۱) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۲)

(۵) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۵۹) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۹)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۸۸

فقد یستدل علی حرمة البیع (۱)

الکراهة و الثانی الالتزام بالمنع و التحریم فی بیع الخشب ممن یصنعه صلیبا أو صنما کما هو مفاد الطائفة الثانیة و بالجواز فی غیرهما، و قال: إن هذا الجمع قول فصل لو لم یکن قولا بالفصل یعنی تفصیل فی المسألة لو لم یکن خرقا للإجماع المرکب.

(أقول) المتعین هذا الوجه و حمل الجواز علی کونه بنحو الکراهة غیر ممکن و ذلک فإنه قد ورد فی صحیحة رفاعة قوله (ع): «أ لسنا نبیع تمرنا ممن یجعله شرابا خبیثا» «۱» حیث لا یمکن الالتزام باستمراره (ع) علی ارتکاب المکروه، بل لا یمکن ذلک حتی فی صحیحة عمر بن أذینة فإنه ذکر (ع) فیها جواز بیع الخشب ممن یصنعه برابط ثم منع عن بیعه ممن یعمله صنما أو صلیبا.

و الحاصل أن المتعین هو الوجه الأخیر یعنی ان بیع الشیء ممن یجعله هیکل عبادة صنما أو صلیبا لا یجوز تکلیفا کما مر، بخلاف البیع فی غیر ذلک فإنه جائز بلا کراهة، نعم یستحب اختیار المشتری الذی یصرف الشیء فی الحلال کما هو مقتضی التعبیر بصیغة التفضیل فی صحیحة الحلبی المتقدمة التی جعلها (ره) شاهدة الجمع بین الطائفتین.

(۱) قد یقال: إن الاخبار المجوزة لا یمکن الأخذ بها، بل لا بد من إرجاع علمها إلی الأئمة علیهم السلام، فان جواز بیع مثل العنب ممن یعلم أنه یصنعه خمرا مخالف لحکم العقل القطعی و للکتاب المجید. أما العقل، فإنه یستقل بقبح إعانة الغیر فی جرمه و تهیئة المقدمة له، و إن شئت قلت إن تهیئة المقدمة للجرم الصادر عن الغیر بنفسه جرم و لذا یؤخذ الشخص بها فی المحاکم الدولیة و فی القوانین الدارجة عند العقلاء، حتی فیما لو فرض عدم صدق التعاون علی ذلک الجرم، أ لا تری أن من أعان السارق و هیأ له الأسباب یحکم علیه فی تلک المحاکم بالجزاء. و قد ورد فی الشرع أیضا- فیما لو أمسک أحد شخصا و قتله الآخر و راهما ثالث- أن القاتل یقتل،

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب (۵۹) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۸)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۸۹

....

و الممسک یحبس و الناظر تسمل عیناه. و الظاهر عدم الفرق بین ما کانت تهیئة المقدمات بداعی توصل الغیر الی الجرم و الحرام أو غیره، مثلا تسلیم السلم الی السارق و بیعه منه قبیح، حتی و إن لم یکن التسلیم بداعی وصول السارق الی جرمه. نعم القبح فی صورة کون داعیه وصوله إلیه أوضح.

و الحاصل أن حکم العقل بقبح تهیئة مقدمة الحرام الصادر عن الغیر کاف فی کشف عدم جوازه شرعا (أقول): الظاهر أنه اشتبه علی هذا القائل الجلیل مسألة منع الغیر عن المنکر الذی یرید فعله، و مسألة إعانة الغیر علی الحرام یعنی فعل المکلف ما هو مقدمة للحرام الصادر عن الغیر، حیث أن منع الغیر عن المنکر مع التمکن منه واجب.

و یمکن الاستدلال علی وجوبه بحکم العقل باستحقاق الذم فیما إذا ترک المنع مع التمکن منه و لزوم منعه عن جرمه مع التمکن منه هو المراعی فی تلک القوانین الدارجة عند العقلاء، کما إذا باع السارق سلما مع علمه بان السارق یستعمله فی سرقة الأموال، فلا یؤخذ علی بیعه فیما إذا ثبت أنه لم یکن یترتب علی ترک بیعه ترک سرقتها، کما إذا کان السارق فی بلد یباع فی جمیع أطرافه السلم، بحیث لو لم یبع هذا السلم منه لأخذ السلم من غیره، و لو ممن لا یعرفه بأنه سارق، و فی مثل ذلک لا یؤخذ البائع ببیعه بل یقبل اعتذاره عن البیع بما ذکر، مع ثبوته. و ما ذکر من الروایة ناظر الی هذه الجهة، و إلا لم یکن وجه لتسمیل عینی الناظر، فإنه لم یرتکب الجرم و لم یساعد علیه، بل إنما لم یمنع عن القتل، و لا بعد فی کون الجزاء لعدم المنع مختلفا بأنحاء عدم المنع.

و علی الجملة حکم العقل و المراعی فی بناء العقلاء هو التمکن من منع الغیر عما یریده من الجرم، و نلتزم بذلک ایضا و نقول بعدم جواز بیع الخشب أو العنب فیما لو لم یبعهما من المشتری المزبور لما یکون فی الخارج خمرا أو آلة قمار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۰

....

و أما إذا أحرز أنه لو لم یبعه لاشتری من غیره، فمثل ذلک یدخل فی مسألة إعانة الغیر علی الحرام. و لا دلیل علی قبح هذه الإعانة و لا علی حرمتها إلا فی مورد الإعانة علی الظلم، فإنها غیر جائزة شرعا، کما سیأتی.

و یظهر ایضا جوازها فی غیر ذلک المورد من بعض الروایات کموثقة ابن فضال قال: «کتبت الی ابی الحسن الرضا (ع) أسأله عن قوم عندنا یصلون و لا یصومون شهر رمضان، و ربما احتجت إلیهم یحصدون لی، فإذا دعوتهم الی الحصاد لم یجیبونی حتی أطعمهم، و هم یجدون من یطعمهم، فیذهبون إلیهم و یدعونی، و أنا أضیق من إطعامهم فی شهر رمضان، فکتب بخطه أعرفه أطعمهم» «۱» و حملها علی صورة الاضطرار إلی الإطعام لا تساعده قرینة، فإن المذکور فی الروایة احتیاج المعطی الی عملهم، و الحاجة غیر الاضطرار الرافع للتکلیف، کما ان حملها علی صورة کونهم معذورین فی الإفطار یدفعه إطلاق الجواب و عدم الاستفصال فیه عن ذلک.

و أما مخالفة تلک الاخبار للکتاب المجید، فقد قیل أنها تخالف قوله سبحانه:

وَ لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ «۲» و هذا الوجه علی تقدیر تمامیته لا یقتضی الا حرمة البیع المزبور تکلیفا لإفساده وضعا، حیث أن انطباق عنوان محرم علی المعاملة مساوق لتعلق النهی بها، و لکن النهی عن المعاملة لا یقتضی فسادها. و أورد علی الوجه المزبور بأمور، (الأول)- أن النهی فی الآیة لا یکون تحریما بل یناسب التنزیه و قد ذکر فی مقابل الأمر بالتعاون علی البر و التقوی و لا ریب فی ان البر و التقوی غیر واجبین بإطلاقهما فضلا عن التعاون علیهما (أقول): هذا الإیراد ضعیف غایته، لما ذکرنا فی الأصول من أن قیام قرینة علی رفع الید عن ظهور بعض الخطاب لا یوجب رفع الید عن ظهور بعضه الآخر، و فی المقام أیضا الأمر ظاهر فی الوجوب و النهی ظاهر

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۷) الباب: (۳۶) من أبواب أحکام شهر رمضان، الحدیث: (۱)

(۲) سورة المائدة (۵) الایة (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۹۱

....

فی التحریم، و لکن قد علم أن متعلق الأمر فی الآیة غیر واجب، و باعتبار القرینة نرفع الید عن ظهوره. و اما رفع الید عن ظهور النهی فی التحریم فهو بلا وجه.

(الأمر الثانی)- و هو الصحیح کما ذکرنا سابقا أن التعاون علی الإثم غیر الإعانة علیه و المستفاد من الآیة حرمة الأول لا الثانی، و التعاون علی الإثم عبارة عن اجتماع اثنین أو أکثر علی إیجاد الحرام، کما إذا اجتمع جماعة علی هدم مسجد أو قتل شخص أو غیر ذلک مما یکون فیه کل بعض معینا للبعض الآخر فی تحقیق ذلک العمل. و أما إذا کان الحرام صادرا عن الغیر فقط، و الذی یفعله هذا الشخص دخیل و مقدمة للحرام الصادر عن ذلک الغیر، کما إذا اعطی الخشب لمن یرید صنع آلة القمار أو الغناء، فهذه اعانة علی الإثم و لا دلالة فی الآیة المبارکة علی حرمتها. نعم لا شبهة فی حرمة إعانة الظالم علی ظلمه، فان ذلک مقتضی غیر واحد من الروایات ففی صحیحة أبی حمزة عن علی بن الحسین: «إیاکم و صحبة العاصین و معونة الظالمین» «۱» و فی روایة الحسین بن زید عن الصادق- علیه السلام- قال: «ألا و من علق سوطا بین یدی سلطان جعل اللّه ذلک السوط یوم القیامة ثعبانا من النار طوله سبعون ذراعا» «۲».

(الأمر الثالث) ما أشار إلیه المصنف (ره) بقوله: (و قد یستشکل فی صدق الإعانة) و حاصله أنه یعتبر فی صدق الإعانة علی الإثم علی فعل المکلف قصده الحرام، بأن یکون داعیه الی ذلک الفعل توصل الغیر و وصوله الی الحرام. و المفروض فی مثل مسألة بیع العنب ممن یعلم أنه یعمله خمرا عدم قصد البائع ذلک، بل قصده و داعیه الی البیع هو حصول ملک العنب للمشتری، سواء صرفه فی الحلال أو الحرام. و ربما یضاف الی اعتبار قصد الحرام اعتبار تحقق ذلک الحرام من الغیر، و إلا فلا یکون فعل الشخص إعانة للغیر علی الحرام، بل القصد إلی الإعانة و هو من التجری، کما

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث: (۱۰)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۹۲

....

لا یخفی.

و ناقش المصنف (ره) فی هذا الأمر (أولا) بأنه لا یعتبر فی صدق عنوان الإعانة علی الحرام علی فعل الشخص تحقق الحرام من الغیر، و لو حصل الحرام منه لم یتعدد عقاب الشخص من جهة التجری و من جهة اعانة الغیر علی الحرام. و الحاصل ان الفعل من الشخص بقصد حصول الحرام من الغیر اعانة لذلک الغیر علی الحرام حصل ذلک الحرام أم لا.

و (ثانیا) بأنه یظهر من کلام الأکثر عدم اعتبار القصد المزبور أیضا فی صدق عنوان الإعانة علی الحرام. مثلا ذکر الشیخ (ره) فی المبسوط فی الاستدلال علی وجوب بذل الطعام لمن یخاف تلفه قوله (ص): (من أعان علی قتل مسلم و لو بشطر کلمة جاء یوم القیمة مکتوبا بین عینیه هذا آیس من رحمة اللّه) حیث ان الممسک لطعامه لا یکون داعیه الی الإمساک قتل الآخر، و ایضا استدل فی

التذکرة علی حرمة بیع السلاح من أعداء الدین بان فی البیع اعانة علی الظلم أی علی ظلمهم علی أهل الدین، مع أن البائع لم یقصد من بیعه ذلک. و استدل المحقق الثانی علی حرمة بیع العصیر المتنجس ممن یستحله بان بیعه منه اعانة علی الإثم، مع ان غرض البائع من بیعه منه لیس شرب المشتری. و یظهر عدم اعتبار القصد ایضا من بعض الاخبار کما ورد فی أکل الطین (من أکل الطین فمات فقد أعان علی نفسه) مع أن داعی الإنسان إلی أکله لا یکون موته، و من هذا القبیل بعض الاخبار الواردة فی أعوان الظلمة.

(أقول): لا ینبغی الارتیاب فی أنه یعتبر فی صدق عنوان الإعانة علی الحرام علی عمل المکلف و إتیانه بالمقدمة صدور الحرام من الغیر، و الا فیکون الإتیان بها مع اعتقاده حصول الحرام تجریا، و کیف یکون اعانة للغیر علی الحرام، مع أن الغیر لم یفعل الحرام علی الفرض. نعم فی کون التجری موجبا لاستحقاق العقاب کالعصیان کلام آخر. و أما اعتبار القصد فی صدق الإعانة علی الحرام علی فعل المقدمة، فإن

[إعانة الغیر علی المحرم]

و قال المحقق الأردبیلی فی آیات أحکامه (۱)

أرید الإتیان بالمقدمة لتوصل الغیر بها الی الحرام، فهذا غیر معتبر قطعا، بل یکفی فی صدقها إحراز أن الغیر یتوصل بها الی الحرام. و الحاصل أن عنوان الإعانة علی الإثم لا یزید علی سائر الأفعال التی یعتبر فی صدقها أو تعلق الحکم بها التعمد، کما إذا علم المکلف فی نهار شهر رمضان أنه لو ذهب الی المکان الفلانی یصب الماء فی حلقه، و أنه لو القی نفسه من الشاهق لارتمس فی الماء یکون أکله أو ارتماسه تعمدیا و مفطرا للصوم.

(۱) ذکر المحقق الأردبیلی فی کتابه (آیات الأحکام) أنه لا یعتبر فی صدق الإعانة علی الحرام علی فعل شخص خصوص القصد أی کون داعیه الی ذلک الفعل وصول الغیر الی الحرام، بل ربما تصدق عرفا بدون ذلک القصد، کما فی إعطاء العصا للظالم فیما إذا أراد ضرب المظلوم، و لکن لا یصدق العنوان المزبور علی تجارة التاجر فیما إذا علم بان العشار سوف یأخذ منه العشور، و لا علی الحاج فیما إذا علم أنه یأخذ منه الظالم المال فی الطریق و نحو ذلک، کما لا یصدق علی بیع العنب ممن یعلم انه یصنعه خمرا أو الخشب ممن یصنعه آلة قمار، و لذا ورد فی الروایات الصحیحة جواز ذلک.

و أورد علیه المصنف (ره) بأنه لا فرق فی صدق الإعانة علی الحرام بین إعطاء العصا للظالم مع إرادته ضرب المظلوم، و بین بیع العنب ممن یعلم أنه یعمله خمرا أو بیع الخشب ممن یصنعه آلة القمار، حیث أن فی کل منهما یحصل بفعل المکلف أمر یمکن للغیر صرفه فی الحرام أو الحلال، مع علم المکلف بصرف ذلک الغیر فی خصوص الحرام، فدعوی الفرق بین إعطاء العصا فی الفرض و بین بیع الخشب أو العنب ممنوعة. نعم فرق بینهما و بین مسألة تجارة التاجر أو مسیر الحاج فی صدق الإعانة علی الأولین دون الأخیرة، و ذلک فإن داعی المکلف فی الأولین إلی فعله هو تمکین الغیر و الإتیان بأمر له، بخلاف تجارة التاجر، فان داعیه الی تجارته کسب

فإذا بنینا علی أن شرط الحرام حرام مع فعله توصلا الی الحرام (۱)

المال لنفسه لا للعشار. نعم یعلم بأنه یأخذ من ذلک المال ظلما. و بعبارة أخری لا یکون فی مثال التجارة أو السفر للحج غرض المکلف الی الفعل وصول الغیر الی الحرام، و لا وصول الغیر الی ما هی مقدمة لذلک الحرام، بخلاف الأولین فإن الداعی فیهما أی الغایة وصول ذلک الغیر الی مقدمة الحرام کما لا یخفی.

(۱) غرضه من هـذا الکلام توجيه صـدق الإعانـة على الحرام على فعل البائع و بيعه المبيع ممن يصرفه في الحرام حتى فيما لو قيل في صـدق الإعانـة على بيعه باعتبـار القصـد اى كون الـداعى الى بيعه وصول المشترى الى الحرام. و حاصـل التوجيه أن تملـك المشترى العنب مثلاـ بقصـد تخميره في نفسه حرام، كمـا أن تخميره حرام آخر، و كـذا شـربه، فيكون بيع البـائع لغرض تملـك المشترى العنب إعانـة للمشترى على شـرائه المحرم. نعم لو لم يكن المشترى حـال الشـراء قاصـدا تخميره، و لكن علم البـائع بأنه يبـدو له ذلك، و أنه سوف يريـد تخميره لا يكون بيع العنب منه اعانـة على الشـراء المحرم، لعـدم حرمـة الشـراء في الفرض. و من هذا القبيل شـراء الفساق الطعام، فإنهم لا يريدون حين شـرائه التقوى به على الحرام و الفسق، بل يريدون الفسق و الفجور بعد تملكهم أو تناولهم ذلك الطعام، فلا يكون بيعه منهم اعانة على الشراء المحرم.

و لكن يرد على هـذا التوجيه أنه لا يصـح الا فيما إذا دل دليل خاص على حرمـة الشـراء بقصـد التوصل الى الحرام، و لا يبعد قيامه في تملك العنب بقصد تخميره، حيث يقتضـيه فحوى لعن غارس الخمر. و أما في غيره كشـراء الخشب بقصد صنعه آلة القمار مثلا فليس في الشراء إلا التجرى، و التجرى يكون بقصد صنع آلة القمار.

و من الظاهر أن بيع البائع ليست إعانة للمشترى على تجريه اى قصده صنع آلة القمار.

(لاـ يقـال) نفس الشـراء و إن لم يكن تجريا إلا أنه مقدمـة للتجرى فيكون محرما باعتبار كونه مقدمـة له، و يكون بيع البائع اعانـة على ذلك الشراء المحرم المفروض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۹۵

فافهم (۱) إلا أن يريد الفحوى (۲) ثم انه يمكن التقصير (۳)

كونه مقدمة للتجرى (فإنه يقال) إنما تكون مقدمة الحرام محرمة فيما إذا قصد الفاعل التوصل بها الى الحرام. و فيما نحن فيه لا يمكن للمشترى قصد التوصل بالشراء إلى تجربة، حيث أن لازم ذلك أن يكون تجريه أى قصده صنع آلة القمار مثلا ناشئا عن قصد آخر، و هذا يستلزم التسلسل كما هو المقرر في محله.

(۱) لعله إشارة إلى أنه لو كان التجرى بإرادة فرضا لما كان نفس الشـراء محرما أيضا لأن متعلق الحرمـة على الفرض هو الشـراء مقيـدا بقصد التوصل إلى التجرى، لا نفس الشـراء مطلقا. و التجرى ليس بمحرم، شرعا حتى تكون مقدمته محرمة، بل غاية الأمر كونه موجبا لاستحقاق الذم و العقاب، كما لا يخفى.

(۲) لم يظهر وجه الفحوى، فـإن حرمـة الإعانـة على قتـل مسـلم أو الإضـرار به لا يلازم وجوب إنقاذ حياته أو دفع الضـرر عنه، و بـذل الطعام في المثال إنقاذ للحياة، فتركه يكون تركا للانقاذ، لا اعانة على الهلاك.

(۳) و هـذا بيـان ضابط آخر لصـدق عنوان الإعانـة على الحرام، و حاصـله: أنه إذا لم يكن داعى المكلف الى فعله- بيعا كان أو غيره- توصـل الغير به الى الحرام، بل كان داعيه الى فعله تحقيق نفس ما هى مقدمـة للحرام الـذى يعلم بإرادة الغير إياه، كما إذا كان غرضـه من بيعه تملك المشترى الخشب أو العنب، و لكن مع علمه بأنه سوف يعمل أو يصنع خمرا أو آلة القمار، ففى مثل هذا المورد مع عد الفائدة المترتبة على تلك المقدمة الأمر المحرم فقط اى المحرم الذى يريده الغير، كما في إعطاء السوط أو السـيف للظالم الذى يريد ضرب الآخر أو قتله يكون الإتيان بالمقدمـة إعانـة للغير على المحرم، فلا يجوز. و أما إذا لم تكن الفائـدة المترتبـة على تلك المقـدمة منحصـرة بـالحرام عرفـا حتى حـال الإتيان بها، فلا يكون مجرد الإتيان بها حتى مع العلم بأن الغير يسـتفيد منها الحرام داخلا في عنوان الإعانة على الإثم نعم. لو كان داعيه إليها توصل الغير بها الى المحرم لدخل في العنوان المزبور بلا كلام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۹۶

....

و الحاصل أنه لو أحرز فی مورد أن الفائدة المترتبة علی المقدمة منحصرة بالحرام عرفا کان الإتیان بها محرما باعتبار کونها إعانة علی الإثم، و کذا ما إذا کان داعی الفاعل توصل الغیر بها الی المحرم، و الا فلا موجب للحکم بحرمة المقدمة لعدم إحراز کونها إعانة علی الإثم.

(أقول) لعل هذا الکلام عین ما تقدم عن الأردبیلی (قدس سره) فلا وجه لعده تفصیلا آخر کما لا یخفی. و الصحیح فی المقام أن یقال: إن إعانة الغیر علی عمله عبارة عن تقلیل الکلفة عنه فی ذلک العمل بتهیئة مقدمته، فلا یکون الإتیان بالشیء إعانة له علی ذلک العمل فیما إذا لم یکن تقلیل الکلفة عنه، کما فی تجارة التاجر أو مسیر الحاج، فان هذا لا یکون تقلیل کلفة الظلم الصادر من العشار أو الظالم، بل فیهما تکثیر لکلفته کما لا یخفی، و کذا لا تحصل الإعانة فیما إذا کان العمل الصادر عن الغیر متوقفا علیه عقلا، و لکن لا یحسب ذلک الشیء مقدمة لذلک العمل، کما فی بیع الطعام و نحوه لأهل المعاصی، فإن المعصیة الصادرة عن الفاسق تتوقف عقلا علی قوة جسمه و سلامة بدنه، إلا أن بیع الطعام منه أو إعطاءه له مجانا لا یحسب عرفا مقدمة لفسقه، و لذا یکون الفاسق بصدد تحصیل مثل الطعام حتی فیما إذا ندم و بنی علی ترک فسقه. و هذا بخلاف ما إذا عد الشیء عرفا من مقدمات العمل الصادر عن الغیر بحیث یکون فی تحقیقها تقلیل لکلفة ذلک العمل عنه کما فی إعطاء العنب للخمار مجانا أو بعوض، حیث أن التخمیر یتوقف عرفا علی تحصیل العنب، و فی بیعه منه تقلیل لکلفة طلبه، و کما إعطاء السیف أو السوط للظالم مجانا أو بعوض، فان فیه تقلیلا لکلفة تحصیلهما عنه.

ثم انه لا یکون صدق الإعانة علی الإثم علی فعل المقدمة موقوفا علی کون الداعی إلی فعلها توصل الغیر بها الی ذلک الإثم، بل لا یعتبر العلم ایضا بتوصل الغیر بها الیه، و لو احتمل توصله فمع تحقق الحرام من الغیر یحصل عنوان الإعانة بفعل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۷

و یمکن الاستدلال علی حرمة بیع الشیء ممن یعلم انه یصرف المبیع فی الحرام بان دفع المنکر کرفعه واجب (١)

المقدمة. نعم ما دام لم یحرز هذا التوصل بوجه معتبر یکون المکلف معذورا فی تحقیق تلک المقدمة کسائر الموارد التی لا یحرز فیها عنوان الحرام بالشبهة الخارجیة.

و مما ذکرنا ظهر أن بیع البائع العنب ممن یعمله خمرا أو الخشب ممن یصنعه آلة القمار اعانة للتخمیر أو صنعة الحرام، و لو فرض الدلیل علی حرمة الإعانة علی الإثم و العدوان تکون دلالته علی حرمة الإعانة فیما إذا لم یکن الإثم ظلما علی الغیر نفسا أو عرضا أو مالا بالإطلاق، فیرفع الید عن هذا الإطلاق بمثل الأخبار المتقدمة الظاهرة فی عدم البأس بالإعانة فی مثل بیع العنب مما لم یکن الفعل الصادر عن الغیر ظلما علی الغیر، حیث أن الخطاب المزبور لا یزید علی سائر المطلقات التی یرفع الید عنها بالمقیدات.

(١) حاصل الاستدلال أن دفع المنکر ای الفعل الحرام الصادر عن الغیر کرفعه واجب علی المکلفین، و المراد برفعه قطع استمراره فیما کان له استمرار، کما إذا جعل حمام بیته بحیث یصیب غسالته فی ملک الغیر، و المراد بالدفع الممانعة عن أصل صدوره و الحاصل أنه إذا کان الصادر عن الغیر عملا محرما یجب علی السائرین منعه بقطع استمراره أو الممانعة عن صدوره، و بما أن هذا التکلیف کسائر التکالیف لا یتعلق بغیر المقدور، فیکون الواجب هو المنع المقدور. و علی ذلک، فلو کان المشتری المرید تخمیر العنب حال شرائه بحیث لا یجد العنب علی تقدیر عدم بیع هذا البائع، ففی الفرض یکون البائع المزبور متمکنا علی منعه عن التخمیر بترک بیعه منه، فیجب. و أما لو کان بحیث لو لم یبع منه العنب لحصله من مصدر آخر و یحصل منه التخمیر لا محالة، فلا یکون ترک البائع البیع منه منعا للمشتری عن التخمیر حتی یجب.

(لا یقال) أنه لا فرق- علی ذلک- فی عدم جواز بیع العنب من المشتری بین کونه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۹۸

....

مريدا للتخمير حال الشراء أو بدا له التخمير بعد شرائه، و كما لا يجوز البيع فى الأول كذلك فى الثانى، (فإنه يقال) لا يجب المنع عن المنكر فى الثانى، بل إنما يجب فيما إذا كان الغير مريدا له حال المنع. و أما الذى سيهم بالمنكر بعد ذلك فلا دليل على وجوب تعجيزه فعلا، حتى لا يقصد المعصية بعد ذلك، حيث أن الدليل النقلى على وجوب منع الغير عن المنكر لا يدل على أزيد من ذلك، و العقل القاضى بوجوب اللطف يحكم بلزوم فعل ما يوجب قرب العباد الى اللّه سبحانه. و مما يوجب قربهم امتناعهم عن المنكر و لا يستقل على أزيد مما ذكر.

(لا- يقال) كما يحرم على البائع بيع العنب من المشترى المزبور كذلك يحرم بيعه منه على سائر الباعة فلا- يصح فى حكم العقل ارتكاب البائع المزبور الحرام و بيعه العنب منه معتذرا بأنه لو لم يبعه لباعه الآخر (فإنه يقال) ان هذا الكلام أى عدم صحة الاعتذار إنما يجرى فيما إذا كان العمل الواحد حراما على كل واحد من المكلفين مستقلا، و المراد بالعمل الواحد إخراج طبيعى الفعل عن العدم المعبر عنه بصرف الوجود، (مثلا-) لا يصح لمكلف هدم مسجد اعتذارا، بأنه لو لم يهدمه لهدمه الآخرون. و أما إذا كان التكليف وجوبيا و متعلقا بإخراج الفعل الى الوجود، و كان الفعل بحيث لا يحصل خارجا بفعل مكلف واحد أو تركه، بل يحصل باجتماع جميعهم على الفعل أو الترك، كما إذا وجب حمل ثقيل من مكان الى آخر، و كان الحمل موقوفا على اجتماع اثنين أو أكثر على رفعه، ففى هذه الصورة لا يجب على المكلف إلا الرفع المقدور، و الرفع المقدور له هو الرفع الضمنى لا الاستقلالى، و إذا فرض عدم شركة آخر فى رفعه لما وجب عليه رفعه، لان رفعه فى هذا الفرض غير مقدور له، و الوجوب لا يتعلق بغير المقدور. و الأمر فى المقام كذلك، فان التكليف- و هو وجوب منع الخمار عن المنكر- يحصل باجتماع جميع باعة العنب على ترك بيعه منه.

و بعبارة أخرى المقدور من المنع لهذا البائع هو ترك بيع العنب منه عند ترك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۹۹

....

السائرين بيعه منه، و على ذلك فيجوز له البيع مع إحرازه أنه لو لم يبعه لباعه الآخر، و الوجه فى الجواز عدم كون بيعه فى الفرض مخالفة لوجوب المنع عن المنكر.

و لو شك فى قيام السائرين بالمنع بتركهم البيع منه كان مرجع الشك الى كونه متمكنا فعلا على منع ذلك المشترى عن المنكر أولا، فإن قلنا بان مورد الشك فى القدرة على الواجب- كما ادعى- داخل فى قاعدة الاحتياط، فلا يجوز للمكلف البيع منه. و أما لو قلنا بأنه من موارد الشك فى التكليف، و أنه تجرى فيه أدلة البراءة إلا- مع إحراز القدرة بوجه معتبر، و لو كان ذلك الوجه المعتبر هو الاستصحاب كان المورد من موارد البراءة. و الظاهر من أول كلام المصنف (ره) جعله من موارد الرجوع الى البراءة، حيث قال: (ثم إن هذا الاستدلال يحسن مع علم البائع بأنه لو لم يبعه لم يحصل المنكر) كما أن ظاهر آخر كلامه جعله من موارد الاحتياط، حيث قال: (فان علم أو ظن أو احتمل قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضا).

(أقول): لا- بأس بالالتزام بدلالة الكتاب المجيد على وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الدعوة الى فعل الخير اى فعل المعروف و ترك المنكر كفاية، قال عز من قائل وَ لْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ. «۱» حيث أن ظاهر الأمر الوجوب و التعبير عن القائمين بالعمل بعدة من المسلمين لا يناسب الوجوب العينى، بل ظاهره الوجوب الكفائى، و يشمل الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الدعوة الى الخير صورة علم المدعوين بالحكم الشرعى و عدم قيامهم بالعمل، فلا

تختص الآية بوجوب تبليغ الأحكام الشرعية إلى الجاهلين بها، بل تعم المسألة المعروفة بالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.
و الحاصل أن وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الدعوة الى الخير كوجوب تبليغ أحكام الشريعة الى الجاهلين بها كفائى، و يكون المقدار الواجب فى الأمر و النهى هو المقدار المتعارف الواجب فى تبليغ الأحكام، فلا يجب الفحص

---

(۱) سورة آل عمران (۳) الاية (۱۰۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۰۰

....

عن تعيين الفاسق و تارك الخير حتى يأمره بالمعروف و ينهاه عن المنكر بخصوصه.
و يدل على وجوب ما ذكرنا الروايات، نعم بعضها باعتبار ضعفها سندا أو دلالة لا تصلح للاستدلال بها، و لا تصح دعوى استقلال العقل بوجوب النهى. و ما ذكره المصنف (ره) من حكمه بلزوم اللطف لا نفهمه، فإنه يكفى فى إتمام الحجة على العباد تبليغ الأحكام إليهم و إعلامهم بما أوعد اللّه به الطغاة و العصاة.
هذا بالنسبة إلى المنع القولى و أما المنع الخارجى فى مقابل المنع الإنشائى و القولى، فلا دليل على وجوبه لا عقلا و لا نقلا، إلا أنه ربما يقال باستفادة وجوبه من فحوى دليل النهى عن المنكر، بدعوى كون ملاك وجوب النهى عن سد طريق الفساد و المنع عن حصوله خارجا، و فيه انه لا يمكننا استفادة وجوبه فيما إذا كان المنع المزبور ملازما أو موقوفا على ارتكاب عمل لا يجوز ذلك العمل بمقتضى سائر الأدلة الشرعية، كما إذا كان منع شخص عن الإفطار فى نهار شهر رمضان موقوفا على دخول بيته بدون اذنه و رضاه، أو موقوفا على ترك بعض الصناعات الواجبة و لو بنحو الكفاية، كما إذا كان المنع المزبور موقوفا على ترك بيع الطعام من جميع الناس أو غير ذلك، بل يمكن أن يقال بعدم وجوب المنع مطلقا، حيث لم يظهر من أدلة النهى عن المنكر أن تمام ملاك وجوبه دفع الفساد حتى يمكن التعدى، كما يقال بأنه لم يظهر من دليل اعتبار خبر العدل أن تمام ملاك اعتباره هو الظن الحاصل منه حتى يوجب ذلك الالتزام باعتبار سائر الظنون.
نعم بعض الأمور الفاسدة و المنكرات التى نعلم بعدم رضا الشارع بحصولها خارجا بأى حال حتى فيما إذا حصل الفساد من غير المكلف كرواج القمار و شرب الخمور علنا و قتل النفوس و نهب الأموال و سائر أنواع الفساد مما يختل به نظام اجتماع المسلمين، فيجب منعها قولا و عملا، و فيما إذا كان منعها موقوفا على ارتكاب أمر لا يجوز ذلك الأمر بمقتضى الأدلة الشرعية يكون المقام من المتزاحمين،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۰۱

لتعلق النهى بما هو خارج عن المعاملة (۱) و يحتمل الفساد لإشعار قوله (ع) فى رواية تحف العقول (۲)

فيجب فيهما رعاية الأهم أو محتمل الأهمية.
ثم إنه على القول بوجوب النهى عن المنكر فيما إذا لم يتوقف على ارتكاب الحرام، لا فرق فى وجوبه بين من يهم بالمعصية حال المنع، و بين من يهم بها بعد ذلك، حيث أن مقتضى الآية المباركة وجوب النهى عن المنكر فى كلتا الصورتين، و يستفاد وجوب المنع عنه فيهما من فحواها، نعم الرواية التى أشار إليها المصنف (ره) من قوله (ع): (لو لا أن بنى أمية وجدوا من يجبى لهم الصدقات و يشهد جماعتهم ما سلبوا حقنا) لا دلالة فيها على ذلك. حيث أن كون الشخص من أعوان الظلمة فى نفسه من المحرمات حتى فيما إذا لم يعد من أعوانه فى ظلمة، بل فى سائر أموره، فهى ناظرة الى ذلك لا الى عدم جواز العمل فيما يكون سببا لإرادة الغير المعصية

بعد ذلک.

(۱) لا یخفی أن النهی عن معاملهٔ بمعنی تحریمها تکلیفا لا یقتضی فسادها حتی فیما إذا تعلق النهی بنفس المعاملهٔ، کما ذکرنا ذلک فی شراء العنب بقصد تخمیره أو بیعه بداعی تخمیر المشتری، و لا- یختص بما کان بعنوان آخر کعنوان الإعانهٔ علی الإثم أو عنوان المسامحهٔ فی المنع عن المنکر. و الوجه فی عدم اقتضائه مطلقا هو أن النهی عن المعاملهٔ منع عن إیجادها، و صحتها بعد إیجادها أی إمضاؤها أمر آخر لا ینافی النهی عن الإیجاد.

(۲) لعل مراده أن المذکور فی حدیث تحف العقول من ملاک فساد البیع و أن لم یعم المقام، إلا أنه لا یخلو عن الإشعار الیه (بیان ذلک): أن المراد بحرمهٔ البیع فی الحدیث المزبور فساده کما هو ظاهر تحریم المعاملهٔ، و المذکور فیه من ملاک فساده کون المبیع منهیا عنه فی خطاب الشرع، کتحریم المیتهٔ و الدم و نحوهما.

و بعبارهٔ أخری لا- تتعلق الحرمهٔ ثبوتا بغیر الفعل، و لکن الملاک فی فساد بیع الشیء لیس مجرد حرمهٔ الفعل و الانتفاع، بل تعلق الحرمهٔ فی الخطاب بنفس

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۲

....

ذلک الشیء حتی یفید حرمهٔ جمیع منافعه أو خصوص المقصودهٔ منه، و وجه دلالهٔ الحدیث علی هذا الملاک، هو أن المراد بالضمیر فی قوله فهو حرام محرم بیعه و شراؤه هی العین، إذ البیع لا یتعلق بغیرها، و یکون رجوعه- الی (کل منهی عنه) فی قوله:

(و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه أو یقوی به الشرک أو الکفر من جمیع وجوه المعاصی، أو باب یوهن به الحق)- قرینه علی المراد من المرجع.

و الحاصل أن هذا الملاک لا ینطبق علی العنب حیث لم یتعلق به النهی فی خطاب، بل المنهی عنه بیعه أو شراؤه بقصد تخمیره. نعم الحدیث لا یخلو عن إشعار إلی کون النهی عن الشیء موجبا لفساد بیعه لحرمهٔ الانتفاع معه، و هذا الأمر موجود فی المقام ایضا، حیث ان الانتفاع من العنب بالتخمیر أو شراءه أو بیعه بداعیه حرام، بل یجری فی مورد قصد المشتری التخمیر، و کان بیع البائع منه لجهله بالحال و عدم علمه بأن المشتری یعمله خمرا، حیث أن شراء المشتری باعتبار کونه انتفاعا محرما من العنب حرام، فیفسد، و بما أن البیع لا یتبعض بأن یصح من طرف البائع و یبطل من طرف المشتری فیحکم بفساده من الطرفین.

و مما ذکر یظهر أن المذکور فی الحدیث من ملاک فساد البیع لا یعم المقام حتی لو قیل بوجود فقرهٔ أخری فی الحدیث، کما فی النسخهٔ المطبوعهٔ من تحف العقول الموجودهٔ فی أیدینا، و هی قوله: (أو باب من الأبواب یقوی به باب من الضلالهٔ أو باب من أبواب الباطل) و وجه الظهور أنه سلمنا کون المراد بالباطل مطلق الانتفاع المحرم فرضا، إلا أنه لیس مجرد حرمهٔ الانتفاع ملاکا، لفساد البیع، بل الملاک تعلق النهی بنفس العین، و العنب لم یتعلق به النهی فی خطاب.

هذا مع أن وجود فقرهٔ فی مثل تحف العقول المطبوع لا یوجب الاعتماد علیها، بل لا بد من إحراز وجود تلک الجملهٔ فی روایهٔ حسن بن شعبهٔ الواصلهٔ إلینا بطریق معتبر کما لا یخفی (لا یقال): لا یمکن الحکم فی المقام بصحهٔ البیع حتی مع فرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۳

[الثالث ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا]

اشارهٔ

الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنا (۱)

[بيع السلاح لأعداء الدين]

كونه محرما بعنوان الإعانـة على الإثم أو المسامحة فى دفع المنكر. و الوجه فى ذلك أن عنوان الإعانة إنما يتم بتسليم العنب مثلا إلى المشترى، و إذا كـان التسـليم محرمـا، فلاـ يتم البيع، حيث لا يعمه قوله سـبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل و لا قوله أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ باعتبار أن من شرط البيع التمكن من تسليم المبيع.

(فـإنه يقال) غايـة الأمر أن لا يعمه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ قبل الإقباض، و أما بعـده و لو عصـيانا فلا مانع من شـمولهما له، فتكون النتيجـة أن إقبـاض المبيع شـرط لتمام البيع، نظير تمام بيع السـلم بقبض الثمن (و بعبارة أخرى) البيع قبل الإقباض أو مع الإقباض محرم بعنوان الإعانـة على الإثم أو المسامحـة فى دفع المنكر، و بهذا الاعتبار لا تعمه أدلة الإمضاء و دليل وجوب الوفاء بالعقود، و لكن تعمه بعد ذلك.

و إن شـئت قلت إن المقام نظير ما خرج عن العام أو المطلق فرد من الأول، و دار أمره بين الخروج إلى الأبـد أو فى الزمان الأول فقط، حيث يرجع فيه الى العـام و المطلق بالإضافـة الى مـا بعـد ذلك الزمان، كما يـذكر مثل ذلك فيما إذا باع الراهن الرهن ثم فكه. و مما ذكرنا يظهر أنه لا مانع من صـحة البيع من الأول فيما إذا كان البيع بالمعاطاة أى بإقباض المبيع، و وجه الظهور هو أن النهى عن إيجاده بذلك الإقباض لا ينافى إمضاءه بعد حصوله.

(۱) أى يحرم الاكتساب بالعين و بيعها باعتبار أن تلك العين قابلة لاسـتعمالها فى الحرام، و من الظاهر أن مجرد قابلية المبيع لاستعماله فى الحرام لا يوجب عـدم جواز بيعه تكليفا أو وضـعا، لان غالب الأموال يمكن اسـتفادة الحرام منها. بل لا بـد- فى الالتزام بعدم جواز البيع فيما يكون من هـذا القبيل- من إقامـة دليل على المنع، كما فى بيع السـلاح من أعـداء الدين، حيث يكون عدم الجواز فيه باعتبار الدليل عليه.

و يقع الكلام فى أن المحرم هل هو البيع حال حربهم مع المسلمين فقط أو مطلقا؟

المشهور على الأول، و المحكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد هو الثانى، و هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۰۴

[بيع السلاح من الكفار]

و صريح الروايتين اختصاص الحكم بصورة قيام الحرب (۱)

هو الأظهر كما يظهر وجهه فيما بعد.

ثم إن مـا ذكرنـا من أن مجرد قابليـة المبيع للانتفـاع المحرم لا يوجب عـدم جواز بيعه فيما إذا لم يعلم البائع باسـتعمال المشترى العين المزبورة فى الحرام، و لم يكن قصـده و داعيه الى بيعهـا اسـتعمال المشترى و انتفاعه المحرم، و إلا لـدخل البيع فى عنوان الإعانـة على الإثم أو يكون قسما من التجرى كما لا يخفى.

(۱) لا يخفى أنه ليس بيع السـلاح و نحوه من الكفار من مـدلول الروايتين، بل مـدلولهما البيع من المخالفين، و قد حكم فيهما بالجواز باعتبار الهدنة فى البين، كزمان رسول اللّه (ص)، و لان اللّه يدفع بالمتربعين على كراسـى الحكم و المسلطين على رقاب المسلمين شر الكفار عن المؤمنين. و أما الرواية الناظرة الى بيع السـلاح و نحوه من الكفار فمقتضـى إطلاقها عدم الجواز، حتى فى حال غير الحرب،

کصحیحة علی بن جعفر عن أخیه موسی (ع) قال: «سألته عن حمل المسلمین الی المشرکین التجارة؟ قال إذا لم یحملوا سلاحا فلا بأس» «۱» فإن مفهومها عدم جواز حمل السلاح إلیهم حتی فی غیر حال الحرب، بل لا یبعد کونها ناظرة إلی خصوص هذا الحال فان تقویتهم حال حربهم مع المسلمین و لو بإرسال مثل الطعام إلیهم غیر جائز لا یظن بمثل علی بن جعفر السؤال عنه. و أما مکاتبة أبی القاسم الصیقل، قال: «کتبت إلیه إنی رجل صیقل اشتری السیوف و أبیعها من السلطان أ جائز لی بیعها؟ فکتب لا بأس به» «۲» فالمراد فیها البیع من السلطان المخالف، فلا یکون مورد الکلام، مع أنه لاضمارها و جهالة حال کاتبها لا یمکن الاعتماد علیها، فالأظهر فی المقام ما ذکره الشهید (ره) فی حواشیه، و لا یکون ذلک من قبیل الاجتهاد فی مقابل النص. و مراده من تقویتهم إعلاء شوکتهم و تأیید القدرة القتالیة فیهم، و لا یعم مثل بیع الطعام منهم،

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۸) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۶)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۸) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۵

مع إمکان دعوی ظهور بعضها فی ذلک (۱) مثل مکاتبة الصیقل (۲) کالمجن (۳) فالمقصود من بیع ما یکن منهما (۴)

فان بیع مثله لا یوجب شوکة و عزة لهم و لا تقویة لهم فی جهة قتالهم المحتمل مع المسلمین. نعم فی حالة الحرب لا یجوز بیع الطعام ایضا. و قد ذکرنا انصراف الصحیحة الی غیر حال الحرب، فلا یکون عدم تقیید نفی البأس عن حمل غیر السلاح منافیا لحرمة تأییدهم حال الحرب.

(۱) أی مع إمکان دعوی ظهور بعض تلک المطلقات فی الاختصاص.

(۲) مثال للمطلقات جوازا و منعا.

(۳) بکسر المیم صفحة من فولاد یتحفظ بها عن الإصابة فی القتال و یعبر عنه فی لغة الفرس ب (سپر) و الدرع منسوج مثل القمیص و یتحفظ بلبسه فی القتال علی الجسد، و المغفر ینسج للتحفظ بلبسه فی القتال علی الرأس، و سائر ما یکن أی سائر ما یستتر به عند القتال.

ثم إن المنع عن بیع السلاح من الکفار کما ذکرنا باعتبار عدم إعلاء کلمتهم و زیادة شوکتهم و تأیید القدرة القتالیة فیهم یعم بیع مثل الدرع مما لا یکون سلاحا، و لکن یستعمل فی القتال کالسلاح، کما انه لا ینافی ما ذکر جواز بیع السلاح من الکفار، بل وجوبه فیما إذا طرأ عنوان آخر، کما إذا توقف الدفع عن حوزة الإسلام علی ذلک البیع، فیما إذا هاجم عدو مشترک بلاد المسلمین و اعطی المسلمون السلاح للکفار لیشارکوا المسلمین فی دفع ذلک العدو. و بعبارة أخری بیع السلاح فی الفرض مقدمة لواجب أهم و هو الدفاع عن حوزة الإسلام و بلاد المسلمین، و مثل صحیحة علی بن جعفر المتقدمة غیر ناظرة الی ذلک فلاحظ.

(۴) یعنی المقصود من بیع ما یکن للفئتین تحفظ کل من الفئتین عن صاحبه و ترسه أی تحفظه بما یتحفظ به.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۶

ثم إن النهی فی هذه الاخبار (۱)

---

(۱) بیان ذلک أن النهی- عن حمل السلاح الی المشرکین أو مثل أهل الشام عند مباینتهم لأهل الإیمان بمناسبة الحکم و الموضوع نظیر النهی عن البیع عند النداء- حکم تکلیفی حیث انه کما أن المفهوم من النهی عن البیع عند النداء هو التحفظ علی صلاة الجمعة و إقامتها، فکذلک النهی عن حمل السلاح و بیعه منهم باعتبار أن لا تکون کلمتهم العلیا و شوکتهم قصوی أو یفکروا فی الهجوم علی

المسلمین أو محو شوکة المؤمنین، و لذا لا حرمة فیما إذا لم یکن الأمر کذلک، کما إذا کانت طائفتان من الکفار متحاربتین و أعطاهما المسلمون سلاحا لیبید کل منهما الآخر، حتی یبقی العزة و الشوکة للمسلمین.

(لا یقال) قد ورد فی صحیحة محمد بن قیس عدم جواز ذلک، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الفئتین تلتقیان من أهل الباطل نبیعهما السلاح؟ فقال: بعهما ما یکنهما الدرع و الخفین و نحو هذا» «۱» (فإنه یقال) المنع فی الصورة التی ذکرناها غیر محتمل لعدم الحرمة للطرفین، و هذه الصحیحة لا بد من حملها- کما ذکر المصنف (ره)- علی طائفتین یکون کل منهما باعتبار کونهما من أهل الجزیة و نحوها محقونة الدم، و بیع السلاح منهما مع کونهما فی حالة حرب إعانة علی ظلم کل منهما الآخر، فلا یجوز، بخلاف بیع مثل الدرع مما یتحفظ به کل منهما علی نفسه من جور الآخر.

و الحاصل أن النهی عن حمل السلاح الی المشرکین أو المخالفین فی مورد ثبوته تکلیفی ملاکه تقویة الکفر و الشرک و الباطل، و هذا القسم من النهی عن المعاملة لا یقتضی فسادها، لما تقدم من انه لا منافاة بین المنع عن إیجادها و إمضائها علی تقدیر حصولها حتی لو قیل بأن التقویة تحصل بتسلیم المبیع الی المشرکین أو سائر أهل الباطل، فإن غایة ذلک أن لا یکون البیع المزبور من الأول مشمولا لأدلة الإمضاء، و لکن تشمله بعد حصول التسلیم خارجا، نظیر ما ذکرنا فی بیع العنب ممن یعلم أنه

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۸) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۰۷

[النوع الثالث مما یحرم الاکتساب به ما لا منفعة فیه محللة معتدا بها عند العقلاء]

و لیس کالاکتساب بالخمر و الخنزیر (۱)

یعمله خمرا.

هذا کله فی بیع السلاح من الکفار أو أهل الباطل من المخالفین و أما بیعه من مثل قطاع الطریق فمع إحراز البائع استعمال المشتری ذلک السلاح فی الاعتداء علی الغیر فلا یجوز، باعتبار کون البیع إعانة علی ظلمه، و مع عدم الإحراز فلا بأس.

و کذا الحال فی غیر السلاح مما یستعمل فی الاعتداء علی الناس.

(۱) أی أن المنع عن الاکتساب بهذا النوع وضعی فقط، بخلاف الخمر و الخنزیر، حیث أن الاکتساب بهما ممنوع تکلیفا و وضعا (أقول): المنع التکلیفی بالإضافة إلی الخمر صحیح کما هو مقتضی لعن بائعها و مشتریها، و أما الخنزیر فلا موجب للالتزام فیه بالتکلیف. (و کیف کان) فیقع الکلام فی المقام فی اعتبار المالیة و لکن لا ینبغی الریب فیه، فان تملک العوض بإزائه مع عدم مالیته من أکله بالباطل. و قد تقدم أن عنوان أکل المال بالباطل فی الآیة المبارکة بنفسه موضوع للحکم و متعلق للنهی الوضعی، لا أنه أخذ عنوانا مشیرا الی ما کان متعارفا فی زمان الجاهلیة من أنحاء التملک بالقهر و القمار و المنابذة و غیرها، و أن کلها فاسدة، إلا التجارة عن تراض.

و ذکر السید الخوئی طال بقاه أنه لا تعتبر المالیة فی المبیع و منع عن کون أخذ الثمن بإزاء ما لا یکون بمال داخلا فی عنوان الأکل بالباطل، و استشهد لعدم اعتبارها بموارد قد استعمل فیها لفظ الشراء مع عدم المالیة، کقوله سبحانه إِنَّ اللّهَ اشْتَریٰ مِنَ الْمُؤْمِنِینَ أَنْفُسَهُمْ. «۱» وَ لَبِئْسَ مٰا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ «۲» الی غیر ذلک و الحاصل ان المبادلة حتی مع عدم المالیة فیها للمبیع داخلة فی التجارة عن تراض و فی العقود المحکوم علیها بوجوب الوفاء بها.

و فیه ما لا یخفی فإن إطلاق الشراء أو البیع فی مثل تلک الموارد یکون بالادعاء و العنایة، کیف؟ و لیس فیها تملیک اعتباری کما هو

مقتضى حقيقة البيع و الشراء،

(۱) سورة التوبة (۱۰) الآية (۱۱۱)

(۲) سورة البقرة (۲) الآية (۱۰۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۰۸

....

فالاستشهاد- بمثل الآيتين على عدم اعتبار المالية فى العوضين فى موارد التمليك و التملك الاعتبارين كما هو المطلوب فى المقام- عجيب. و آية النهى عن أكل المال بالباطل تكون مانعة عن التمسك بأوفوا بالعقود، كما أن قوله عز من قائل إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ لا يشمل موارد الأكل بالباطل، لأن التجارة هو البيع و الشراء بقصد الربح، و قد ذكرت فى الآية فى مقابل أكل المال بالباطل، فكيف يعم موارده.

و أما الكلام فيما يذكر مثالا لعدم المالية له من السباع و الحشرات فلا ينبغى الريب فى أن لبعضها مالية عند العقلاء، و لا يكون غير الأكل فى جميع الحيوانات من المنفعة النادرة، حتى لا- يكون موجبا لماليتها. و يؤيد ذلك ما ورد فى جواز بيع الهرة. نعم ورد فى القردة المنع عن بيعها، و لكن باعتبار ضعف سنده لا يصلح لرفع اليد به عن الإطلاق أو العموم فى مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «۱» و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۲».

و ذكر المصنف (ره) عدم المنفعة المقصودة فى القرد و يدفعه ان القرد اولى بالمنفعة المقصودة من الهرة، فإنه لا ينحصر فائدتها بحفظ المتاع بل الاستمتاع برؤيتها و التفرج بحركاتها كاف فى ثبوت المالية لها كما لا يخفى، بل عن السيد الخوئى طال بقاه عكس ما ذكره حيث قال بعدم المنفعة المقصودة للهرة حتى تكون لها مالية، و الرواية الدالة على جواز بيعها شاهدة لعدم اعتبار المالية فى المبيع، بخلاف القرد فان له منفعة مقصودة محللة و أى منفعة تكون أرقى و أهم من التحفظ على متاع الإنسان و ماله، و فيه ان الهرة القسم الهراش منها كما ذكره من أنه لا منفعة لها، و المعاملة على هذا القسم محكومة بالفساد، فإنها نظير بيع كلب الهراش من أوضح افراد أكل المال بالباطل. و الرواية المزبورة منصرفة عن ذلك، و ما هو محكوم بصحة بيعها هى

(۱) سورة البقرة (۲) الآية (۲۷۵):

(۲) سورة المائدة (۵) الآية (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۰۹

أمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها لعمومات التجارة (۱) و أخرى إلى قلته (۲) و كان عليه مثله ان كان مثليا (۳)

الهرة التى تؤخذ للتحفظ بها عن الفار، أو للتفرج برؤيتها، و هذا القسم باعتبار ثبوت المنفعة المقصودة فيه يكون مالا.

روى الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن محمد بن مسلم و عبد الرحمن بن ابى عبد اللّه عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت و لا بأس بثمن الهرة» و الرواية صحيحة و روى الكلينى (ره) عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شمون عن الأصم عن مسمع عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «ان رسول اللّه (ص) نهى عن القردان يشترى و ان يباع» «۱» و ضعفها باعتبار سهل و محمد بن الحسن و الأصم.

(۱) لا يخفى ان التجارة هو البيع و الشراء بداعى تحصيل الربح و صدقها مع عدم إحراز المالية للشىء عند العقلاء مشكوك فيه، فلا

یمکن فیه التمسک بما دل علی حلیتها أو علی حل أکل المال بها. نعم لا بأس بالتمسک بأوفوا بالعقود و ما هو من قبیله کما انه لا بأس بإعطاء المال لرفع الآخر یده عن ذلک الشیء حتی یتملکه المعطی.

(۲) و ثالثة إلی کثرته کالماء فی شاطئ الفرات و التراب فی بعض البلاد.

(۳) الوجه فی تقییده بالمثلی هو أن غیر المثلی یکون ضمانه بالقیمهٔ، فیختص الضمان بمورد یکون للشیء قیمهٔ. و ألحق فی التذکرهٔ المثلی بغیره فی عدم الضمان مع قلته، و أورد بعض علی هذا الإلحاق بأن لازمه عدم الضمان فیما لو غصب صبرهٔ تدریجا، و لکن الإیراد ضعیف، فإنه یمکن أن یلتزم فی المثلی المغصوب تدریجا بما یلتزم به فی القیمی المتلف تدریجا، و أنه کما یکون تلف القیمی المزبور أو إتلافه موجبا للضمان بشرط الانضمام الیه من سائر الاجزاء ما یکون مجموع التالف

---

(۱) وسائل الشیعهٔ: الجزء (۱۲) الباب: (۳۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث (۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱۰

....

مالا، بخلاف ما إذا لم ینضم، فکذلک المثلی المتلف تدریجا، و هذا لا یقتضی الضمان مع عدم الانضمام کما لا یخفی.

و عن السید الخوئی طال بقاه ثبوت الضمان، بلا فرق بین کون الشیء مثلیا أو قیمیا، غایهٔ الأمر یکون فراغ الذمهٔ بأداء المثل فیما کان مثلیا، و فی القیمی یکون الاشتغال باقیا الی یوم القیمهٔ إلا بالتراضی مع المالک، و ذکر فی وجه أن عموم علی الید یقتضی کون الشیء فی عهدهٔ المکلف بمجرد الاستیلاء علیه فإنه لم یؤخذ فی حدیثه عنوان المال، فیعم کلا القسمین: و یکون أداء المثلی بأداء المثل، فتفرغ به العهدهٔ، بخلاف القیمی المفروض أنه لقلته لا قیمهٔ له، فیبقی فی عهدته الی أن یرضی مالکه.

و هذا بالإضافهٔ إلی ضمان التلف فی الید. و أما ضمان الإتلاف فالأمر فیه ایضا کذلک، لأن ضمان الإتلاف یستفاد من حدیث علی الید بالفحوی.

(أقول): الصحیح عدم الضمان فی المقام، فان حدیث علی الید ضعیف، و حدیث من أتلف بإطلاقه موهوم. نعم الضمان فی موردی التلف فی الید و الإتلاف مستفاد من سیرهٔ العقلاء. و النص فی بعض مواردهما، و لم تحرز سیرتهم علیه فیما إذا لم یکن الشیء لقلته مالا إلا فی مورد الانضمام إلی سائر الاجزاء، من غیر فرق بین المثلی و القیمی.

ثم إنه لا ینبغی الریب فی عدم جواز التصرف فی ملک الغیر بلا رضاه حتی فیما إذا لم یکن مالا لقلته، و یکفی فی ذلک ما دل علی تحریم الظلم و التعدی. و أما إذا لم یکن مالا لخسته، فهل یجوز التصرف فیما یکون علیه ید الغیر بلا رضاه؟ أشار إلیه المصنف (ره) بقوله: (ثم إن منع حق الاختصاص.) و لکن الحدیث المزبور ضعیف، و السیرهٔ- علی کون السابق أحق بمعنی ثبوت حق الاختصاص فی الشیء غیر القابل للملک باعتبار عدم المنفعهٔ له و ان کانت نادرهٔ- ممنوعهٔ، و مع فرض المنفعهٔ له و ان کانت نادرهٔ غیر مقصودهٔ للعقلاء یدخل فی الملک کما تقدم سابقا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱۱

[النوع الرابع مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه]

اشارهٔ

النوع الرابع مما یحرم الاکتساب به (۱)

[تدلیس الماشطة]

و یظهر من بعض الاخبار المنع (۲)

---

(۱) حرمـة الاکتسـاب فی الأعیـان تکلیفـا لاـ تلازم فساد المعاملـة علیها، بل ربما کانت المعاملـة علی العین محرمـة تکلیفا مع صـحتها وضـعا، کمـا فی موارد انطباق العنوان المحرم علیها، و لکن الاکتساب بالأعمال لا یکون کـذلک، فإن حرمـة فعل تلازم الحکم بفساد المعاملـة علیه. و ذلک فان مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا یمکن أن یعم المعاملـة المزبورة، حیث أن الوفاء بها یکون بتسلیم العمل أی الفعل. و المفروض منع الشارع عنه، و مع عدم شـمول مثله لها، لا یمکن إثبات صـحتها، بل یکون أخذ الأجرة علی ذلک العمل من أکل المال بالباطل.

(۲) لاـ یخفی أن الاخبـار الواردة فی المنع کلهـا ضـعیفة سـندا غیر صالحـة للاعتماد، و مع الغض عن ذلک فالممنوع عنه فیها من فعل الماشـطة أمور: مسـح الوجه بالخرقـة، و الوصـل، و النمص، و الوشـم، و الوشـر. و مقتضـی إطلاـق المنع عنهـا عـدم الفرق بین صورتی التدلیس و عدمه، مع أن التدلیس لا یکون بفعل الماشطة.

و سـنذکر أن مجرد فعـل یوجب ظهور حسن أو خفـاء عیب فی المرأة لاـ یکون حراما، بل الحرام هو الغش فی المعاملـة و التستر علی الواقع فیها. و هذا فعل المالک أو ولی الجاریة، فلا یرتبط بالماشـطة. نعم إذا علمت الماشـطة أن المالک أو الولی یتستر بما تفعله علی الواقع و لاـ یبین الحـال للطرف، یکون فعلهـا من الإعانـة علی الإثم، نظیر ما تقـدم فی بیع العنب ممن یعمله خمرا، و ذکرنا أنه لا دلیل علی حرمتها فی غیر مورد الإعانة علی الظلم.

و الحاصل أن التدلیس محکوم بالحرمة باعتبار کونه غشا فی المعاملة، و یحصل مع اعتقاد الطرف بصفة کمال أو فقد عیب فی الشیء باعتبـار فعـل الغـاش. و أما مجرد کون الشـیء موهما لوجود صـفة فیه مع علم الطرف بالحال، و أنه لیس للوهم حقیقـة، فلا یکون من الغش لیحکم بحرمته، و عـدم تحقق الغش غالبـا فی تمشـیط الماشـطة لا یکون موجبا لتعمیم التـدلیس فی المقام. و ذلک فان الـدلیل علی حرمة فعلها هی

....

الأدلـة العامة الدالة علی حرمة غش المسـلم فی المعاملة أو غیرها، لا روایات الباب، فإنه لم یتعلق فیها نهی بتدلیس الماشـطة، بل تعلق بالأفعال الخمسـة المتقدمـة، و لا بد من الالتزام بکراهة مسح الوجه بالخرقة، و لا تختص کراهته بالمرأة و لا بفعل الماشـطة، بل هو فی نفسه عمل مکروه کما یـدل علیه ما ورد فی آداب الحمام من النهی عنه معللا بأنه یذهب ماء الوجه «۱» و فی صحیحة محمد بن مسلم عن ابی عبد اللّه (ع) قال «قال رسول اللّه (ص) لأم عطیة إذا أنت قنیت الجاریة فلا تغسلی وجهها بالخرقة فإن الخرقة تشرب ماء الوجه» «۲».

و لاـ ینبغی الریب فی أن التعلیـل ینـاسب الکراهـة و لاـ ربط له بالتـدلیس و لاـ یختص بالأمـة التی یراد بیعهـا و لاـ بالجاریـة التی یراد تزویجها، و اما النمص أی نتف شـعر الوجه فالأظهر أنه لا بأس به بل لا یکون مکروها أصـلا و فی روایـة علی بن جعفر أنه «سأل أخاه موسـی بن جعفر عن المرأة التی تحف الشـعر عن وجههـا؟ قـال: لا بأس به» «۳» نعم فی روایـة معانی الاخبار عن جعفر بن محمـد عن

آبائه عليهم السلام قال: «لعن رسول اللّه (ص) و آله النامصة و المنتمصة و الواشرة و الموتشرة و الواصلة و المستوصلة و الواشمة و الموتشمة» «۴».

و ربما يقال: ان مقتضى الجمع بينها و بين رواية على بن جعفر هو الالتزام بكراهة النتف و فيه أن رواية معانى الأخبار غير قابلة للحمل على الكراهة، فإن اللعن الوارد فيها لا يناسبها، فلا بد من طرحها أو تأويلها بما فى رواية سعد الإسكاف قال:

«سئل أبو جعفر (ع) عن القرامل التى تضعها النساء فى رؤوسهن يصلنه بشعورهن؟

فقال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها، قال: قلت: بلغنا أن رسول اللّه (ص)

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱) الباب: (۱۳) من أبواب آداب الحمام، الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۱)

(۳) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۸)

(۴) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۷)

....

لعن الواصلة و المستوصلة، فقال ليس هنالك إنما لعن رسول اللّه (ص) الواصلة التى تزنى فى شبابها فلما كبرت قادت النساء الى الرجال فتلك الواصلة و الموصولة» «۱».

و أما وصل الشعر بالشعر فقد ورد النهى عنه فى مرسلة ابن ابى عمير عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «دخلت ماشطة على رسول اللّه (ص) فقال لها: هل تركت عملك أو أقمت عليه؟- الى ان قال. و لا تصلى الشعر بالشعر» «۲» و فى مرسلة الصدوق فى ذلك الباب قال قال (ع): «لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى، و تصل شعر امرأة بشعر غيرها، و أما شعر المعز فلا بأس أن توصله بشعر المرأة» «۳» و على ذلك فالمتعين الالتزام بكراهة وصل شعر امرأة بشعر مثلها بتقييد المرسلة الأولى بالثانية، و حمل النهى فى الأولى على الكراهة بقرينة رواية سعد الإسكاف الواردة فى حكم القرامل، حيث أن ظهورها- فى عدم البأس بما يكون من زينة المرأة لزوجها حتى إذا كان من وصل الشعر بالشعر- غير قابل للإنكار.

و أما الوشم و الوشر و المراد بالأول ما يعبر عنه فى لغة الفرس ب (خال كوبى) و بالثانى ترقيق الأسنان و جعلها حادة، فقد ورد النهى عنهما فى رواية معانى الأخبار التى ذكرنا أنها لا تناسب الحمل على الكراهة، فالمتعين طرحها أو تأويلها بقرينة رواية الإسكاف المتقدمة. و على ذلك فلا كراهة إلا فى مسح الوجه بالخرقة و فى وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى. و كراهة الثانى مبنى على الإغماض عن أمر السند، و الا فلا تصلح روايتا معانى الاخبار و عبد اللّه بن الحسن و مرسلتا ابن ابى عمير و الصدوق للاعتماد عليها.

(لا- يقال): لا بأس بالاعتماد على مرسلة ابن ابى عمير فى الحكم بكراهة وصل شعرها بشعر امرأة أخرى، و تأييدها بغيرها مما ورد النهى فيه عن ذلك. و وجه الاعتماد

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۹) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۳).

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۹) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۲).

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۹) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۶).

نعم قد يشكل الأمر فى وشم الأطفال (١) بناء على ان لا مصلحة فيه (٢) دلت على كراهة كسب الماشطة (٣)

شهادة الشيخ (ره) بأن ابن ابى عمير لا يروى و لا يرسل إلا عن ثقة، و هذا منه (ره) توثيق عام لمشايخ ابن ابى عمير، (فإنه يقال): و إن ذكرنا سابقا احتمال الاعتماد على مراسيله لتلك الشهادة، الا أنه أشرنا إلى ضعف الاعتماد، و ذلك، فان فى مشايخ ابن ابى عمير من ضعفه الشيخ و غيره، و هذا التضعيف يكون كالاستثناء من التوثيق العام، كما أن فى مشايخه من ضعفه غير الشيخ (ره) مع سكوت الشيخ (ره) عن تضعيفه، و يكون التوثيق العام فيه معارضا بتضعيف غيره كالنجاشى مثلا، فيسقط التوثيق العام فى ذلك الراوى عن الاعتبار للمعارضة. و عليه فيحتمل ان يكون الراوى الذى أرسل ابن ابى عمير هذه الرواية عنه هو ذلك الشخص الذى سقط فيه التوثيق العام عن الاعتبار للمعارضة أو الاستثناء، فلاحظ و تدبر.

(١) لا- يخفى ما فيه، فإنه إذا فرض أن ذلك دخيل فى ظهور جمال الطفل خصوصا فى الأنثى، فللولى فعل ذلك لما فيه المصلحة، كما فى تزيين شعر الطفل، فإنه ربما يوجب إيذاء الطفل و بكاءه، و مع ذلك لوليه فعل ذلك، لما فيه صلاحه من نظافته أو ظهور جماله.

(٢) أى إذا كانت المرأة متزوجة، ففى الوشم لها صلاح، و يكون الوشم فى غيرها تدليسا أى موهما لما ليس فى البدن واقعا من البياض و الصفاء (أقول): التدليس بهذا المعنى لا دليل على حرمته، بل و لا على كراهته كما مر آنفا.

(٣) و بعبارة أخرى المراد من قوله: (و قبلت ما تعطى) عدم مناقشتها فى أجرة عملها بعده، كما أن المراد بالمشارطة المناقشة فيها قبل عملها، و بما أن الكراهة أو غيرها من الأحكام التكليفية لا تتعلق بالعمل بعد تحققه خارجا، ضرورة أن الحكم لأجل أن يكون داعيا للمكلف الى الفعل أو الترك، فلا بد من حمل قوله: (و قبلت ما تعطى) على قصدها و بنائها على ترك المناقشة فى أجرتها حيث أنه لو كان الشرط فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٥

....

عدم الكراهة نفس ترك المناقشة خارجا، فلازمه تعلق الكراهة بالعمل بعد تحققه.

(أقول) هذا إذا كان ترك المناقشة فى أجرتها بعد عملها شرطا فى ارتفاع الكراهة بنحو الشرط المقارن. و أما إذا أخذ بنحو الشرط المتأخر، فلا محذور.

ثم إن المصنف (ره) ذكر فى وجه استحباب ترك المشارطة احتمالات ثلاثة:

(الأول) أن ما يعطى لها لا يكون فى الغالب أقل من أجرة المثل، فتكلمها- فى أجرتها قبل عملها أو بعده- باعتبار توقعها ممن تعمل له الزيادة على تلك الأجرة، و ربما تعطى لها صيانة للعرض أو حياء، و المأخوذ كذلك لا يخلو عن شبهة، فأمرت بالقناعة على المقدار المعطى لها، و ترك مطالبة الزائد. و هذا الأمر لا ينافى امتناعها عن قبول المعطاة فيما إذا كانت أقل من أجرة المثل.

(الثانى)- أن مناقشة مثلها فى أجرة عملها لا يناسب المروة و شرافة الأشخاص فإن مما كستهم فى إعطاء ما تتوقع مثلها ربما لا تناسب المروة، و المسامحة لا تكون صلاحا باعتبار زيادة مقدار توقعها، فالذى تعمل له مكلف وجوبا بأداء أجرة المثل، و هى مكلفة ندبا بقبول ما تعطى، و ان كان أقل من أجرة مثلها على الوجه الثانى لا على الوجه الأول.

(الثالث)- أن الراجح فى حقها ترك الأجرة و العمل للناس تبرعا، و قبول ما يعطى لها تبرعا، و على ذلك فلا يكون لها حق المطالبة فيما إذا لم تعط عوضا، و الفرق بين هذا الوجه و سابقيه أن هذا الوجه لا ينافى ما ورد من قوله: (و لا تستعملن أجيرا حتى تقاطعه كما فى بعض الروايات» «١» بخلاف الأولين فإنهما ينافيانه، فلا بد من رفع اليد عن إطلاق ذلك النهى، كما أن هذا الوجه لا يناسب ظاهر

المرسلة، فإن مدلولها نفی البأس عن کسب الماشطة، و کسبها عملها بالأجرة، و إلا لم یکن عملها کسبا، کما لا یکون ما یعطی لها اجرة. و ما ذکره (ره)- فی الوجه الأول من قوله (و هذا لا یخلو

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۳) الباب: (۳) من أبواب أحکام الإجارة- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱۶

[تزیین الرجل بما یحرم علیه]

تزیین الرجل بما یحرم علیه (۱)

عن شبهة)- ضعیف، فان المحرم وضعا أخذ المال و تملکه بإکراه مالکه. و أما مع عدم الإکراه، فلا مانع من أخذه.

و ما یقال من أن المأخوذ حیاء کالمأخوذ غصبا لا شاهد له، فان الرضا المعتبر فی المعاملات هو عدم الإکراه لا طیب النفس واقعا، و إلا لاتجه الحکم بفسادها فی موارد الاضطرار إلیها أو مورد الاستحیاء، کما إذا اشتری متاعا بثمن زائد حیاء من أصدقائه أو من بائعه فی المناقشة فی ثمنه أو المماکسة فی شرائه.

(۱) لا- یخفی أن المحرم علی الرجال لیس التزیین بالحریر المحض، بل لبسه بلا خلاف ظاهر، سواء کان بنحو التزیین أم لا، کما إذا لبسه تحت ثیابه و بین التزیین و لبس الحریر عموم من وجه، فلا یکون الدلیل علی حرمة أحدهما دلیلا علی حرمة الآخر. و فی موثقة سماعة بن مهران، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن لباس الحریر و الدیباج؟ فقال: أما فی الحرب فلا بأس به، و ان کان فیه تماثیل» «۱» و فی موثقة إسماعیل بن الفضل عن أبی عبد اللّه (ع) «فی الثوب یکون فیه الحریر، فقال: إن کان فیه خلط فلا بأس» «۲» الی غیر ذلک مما ظاهره حرمة لبس الحریر المحض، کما أن التزین بالذهب لم یتم علی حرمته دلیل، بل مدلول الروایات المعتبرة و ظاهر الأصحاب عدم جواز لبسه، سواء کان تزینا أم لا و فی موثقة عمار بن موسی عن أبی عبد اللّه (ع)، قال: «لا یلبس الرجل الذهب و لا یصلی فیه، لانه من لباس أهل الجنة» «۳» و فی صحیحة علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (ع): «سألته هل یصلح للرجل ان یتختم بالذهب؟ قال: لا» «۴» و ظاهر النهی فی الثانی هو التحریم و هو کاف فی

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۳) الباب (۱۲- ۱۳) من أبواب لباس المصلی- الحدیث: (۳)

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۳) الباب (۱۲- ۱۳) من أبواب لباس المصلی- الحدیث: (۴)

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۳) الباب: (۳۰) من أبواب لباس المصلی- الحدیث: (۴)

(۴) وسائل الشیعة الجزء (۳) الباب: (۳۰) من أبواب لباس المصلی- الحدیث: (۱۰)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱۷

و فی دلالته قصور (۱)

المقام، حتی لو نوقش فی دلالة الأول بدعوی ان التعلیل المزبور یمنع عن ظهور النهی فی التحریم.

(لا یقال): لا بد من حمل النهی فی الثانیة ایضا علی الکراهة بقرینة صحیحة عبید اللّه بن علی الحلبی عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «قال علی (ع): نهانی رسول اللّه و لا أقول نهاکم عن التختم بالذهب و عن ثیاب القسی.» «۱» (فإنه یقال) نفی علی (ع) القول من نفسه لا

یـدل علی انتفاء قول النبی (ص)، حیث أن مثل هـذا التعبیر فی مقام النقل متعارف، یقول أحد أولاد الرجل لإخوته نهانی ابی عن فعل کـذا، و لاـ أقول نهـاکم عنه، و إلاـ لو کـان النهی لا یعم غیر علی (ع) لقال روحی له الفـداء و لم ینهکم عنه، مع أن نهیه (ص)- و ان کان بعنوان الکراهة- مسلم لا ینبغی الریب فیه.

و امـا تعلیـل النهی بما فی موثقـة عمار غایته أن لا یکون النهی معه ظاهرا فی التحریم، لا أنه یوجب ظهوره فی الکراهـة الاصـطلاحیة، حتی ینافی ظاهر النهی فی صحیحة علی بن جعفر فتدبر.

(۱) وجه قصور دلالته «۲» کما ذکر (ره) ان المراد بتشبه الرجال بالنساء و تشـبه النساء بالرجال لیس مجرد لبس أحدهما لباس الآخر، بـل المراد بالأـول تـأنث الرجـل، و بالثـانی تـذکر المرأة بـأن یکون غرض الرجـل و داعیه الی لبس لباس المرأة التأنث، فیکون اللبس المزبور تشبها بالمرأة، و هکذا العکس. ثم أید ذلک بالروایة المحکیة عن العلل «أن علیا (ع) رأی رجلا به تأنث فی مسجد رسول اللّه (ص ع)، فقال له اخرج من مسـجد رسول اللّه، فانی سمعت رسول اللّه یقول لعن اللّه.» و بروایة یعقوب بن جعفر الواردة فی المساحقة و الوجه فی جعلهما تأییدا لا قرینة هو احتمال کون المذکور فی الروایتین أقوی مراتب التشبه لإتمام مراتبه.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۳) الباب: (۳۰) من أبواب لباس المصلی الحدیث: (۷)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۸۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱۸

نعم فی روایة سماعة (۱) بأن الظاهر عن التشبه صورة علم المتشبه (۲)

[التشبیب بالمرأة المعروفة]

التشبیب بالمرأة المعروفة (۳)

---

(۱) هذه معتبرة سندا «۱» الا أنه لا دلالـة لها علی المراد من النبوی کما لا دلالـة لها علی التحریم لو لم نقل بظهورها فی الکراهـة. نعم ظاهر الروایـة الثانیة حرمة لبس أحدهما لباس الآخر، و لا یصـغی الی ما ذکره المصـنف (ره) من عدم ظهورها فی الحرمة، فإن إطلاق الزجر کإطلاق النهی مقتضاه التحریم، إلا أنها باعتبار ضـعف سندها غیر صالحة للاعتماد علیها، حیث رواها فی مکارم الأخلاق مرسلا کما فی الوسائل «۲».

(۲) و یکفی فی تحقق عنوان التشبه العلم الإجمالی المزبور.

(۳) هـذا العنوان لم یتعلق به النهی فی شـیء من الخطابات، و إنما یکون الوجه فی حرمته انطباق بعض العناوین المحرمة علیه، و ایضـا لم یظهر وجه صحیح لاعتبار قید الاحترام بعد اعتبار کونها مؤمنة فان المتجاهرة بالفسق لا یجوز ایضا تشبیبها لجریان الوجوه الاتیة فیها کلا أو بعضا کما لا یخفی.

ثم إن المصنف (ره) ذکر فی عبارته وجوها ثمانیة لحرمته، و لکن الظاهر عدم تمامیة شیء منها:

(الأـول) کون التشبیب هتکا و تفضـیحا للمرأة، و فیه أن النسـبة بین التشبیب و الهتک عموم من وجه، فإنه قـد لا یکون هتک فیه، کما إذا أنشأ شـعرا فی محاسن امرأة بین النساء أو أقاربها العارفین بحالها و جمالها، و قد یکون ذکر محاسـنها هتکا لها بلا تشبیب، کما إذا ذکرها بین الأجانب بالنثر بلا إنشاء شعر.

(الثانی) کون التشبیب إیذاء لها، و فیه أن الإیذاء- بنحو یوجب تأثر الغیر و تألمه بالتصرف فی مال ذلک الغیر أو ما یتعلق به- حرام، و

كذا فيما إذا كان تصرفه

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۳) الباب: (۲۳) من أبواب أحكام الملابس- الحديث: (۴)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۳) الباب: (۱۳) من أبواب أحكام الملابس- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۱۹

نعم لو قيل بعدم حرمة التشبيب بالمخطوبة (۱) و اما المعروفة عند القائل (۲)

فى مال نفسه أو ما يتعلق به و لكن كان غرضه منه تأثر ذلك الغير فتألمه و اما إذا كان تصرفه فى مال نفسه أو ما يتعلق بداع صحيح يترتب عليه تألم الغير و تأثره، فلا يكون من الإيذاء المحكوم بالحرمة. و على ذلك فإذا كان لذاكر محاسنها للغير غرض صحيح يترتب عليه تألمها و تأثرها فلا يكون من الإيذاء حتى يحكم بحرمته.

(الثالث) إغراء الجهال بها، و فيه ان التشبيب لا يكون ملازما للاغراء و هذا واضح.

(الرابع)- إدخال النقص عليها و على أهلها، و فيه ان الفرق بين ذلك و بين هتكها غير ظاهر.

(الخامس)- كون التشبيب من اللهو و الباطل، و فيه أنه لا إطلاق فى دليل حرمة اللهو كما سيأتى حتى يعم مثل التشبيب.

(السادس) كون التشبيب من الفحشاء، فيعمه مثل قوله سبحانه المتضمن لتحريم الفحشاء و فيه ان كونه من الفحشاء أول الكلام.

(السابع)- كونه منافيا للعفاف، و فيه ان اعتبار العفاف- بمعنى الاجتناب عن المحرمات- فى العدالة ظاهر، و أما غيره فلا.

(الثامن) استفادة حرمته من بعض الآيات و الروايات الواردة فى بعض المحرمات و المكروهات، و فيه أن غاية ما يمكن استظهاره من الآية و الروايات المشار إليها فى المتن كون تهييج القوة الشهوية حكمة فيها، لا أن التهييج المزبور علة حتى يمكن التعدى إلى مثل المقام.

(۱) قد ذكرنا ان التشبيب بعنوانه غير محرم، بل يحرم فيما إذا انطبق عليه عنوان محرم آخر، بلا فرق فى ذلك بين المخطوبة أو من يراد تزويجها أو غيرهما.

(۲) يمكن كون المرأة معينة عند القائل و مجهولة عند السامع، و هذا تارة مع علم السامع إجمالا بقصده امرأة من بيت فلان أو من بلد فلان مثلا، و أخرى لا يدرى ذلك ايضا، و لكن لم يظهر وجه الإشكال فى الجواز، خصوصا فى الفرض الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۲۰

و اما التشبيب بالغلام (۱)

[تصوير صور ذوات الأرواح حرام]

اشارة

تصوير صور ذوات الأرواح حرام (۲)

(۱) إذا كان غرض قائله إظهار كمال الغلام و جماله المنعم له من خالقه، نظير ما يذكر قارئ العزاء فى وصف على بن الحسين الأكبر سلام اللّه عليه و على أبيه، فلا دليل على حرمته. و أما إذا كان للاشتياق الى ما فيه فساد الديار و نزول عذاب الجبار الى أهلها، فلا فرق فى الحرمة بين إنشاء الشعر أو ذكر محاسنه بغيره، فإنه من الترغيب الى المنكر المستفاد حرمته من فحوى دليل وجوب النهى عنه كما

لا يخفى.

(۲) يحرم تصوير ذوات الأرواح بنحو المجسمة، بلا خلاف ظاهر، و فى حرمته إذا كان بنحو النقش كلام. و ظاهر جماعة أو صريحهم عدم الجواز، كما أن ظاهر بعضهم جوازه، و هو الأظهر، كما هو مقتضى الأصل بعد عدم تمام الدليل على المنع. و ما قيل فى وجه عدم جوازه أمور:

(الأول) رواية الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه فى حديث المناهى:

«و نهى عن التختم بخاتم صفر أو حديد، و نهى ان ينقش شيء من الحيوان على الخاتم» «۱» و فيه مضافا الى ضعف سندها يحتمل أن يكون النهى راجعا الى التختم بخاتم يكون فيه نقش الحيوان. بل مع تعلق النهى بنقش الحيوان على الخاتم يكون المحرم أو المكروه نقش الحيوان على الخاتم، لا مطلق تصوير الحيوان بنحو المجسمة، فضلا عن كونه بنحو النقش على الحائط أو مثل القرطاس.

(الثانى) موثقة أبى بصير عن ابى عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص):

«أتانى جبرئيل، قال: يا محمد إن ربك يقرئك السلام و ينهى عن تزويق البيوت، قال أبو بصير فقلت و ما تزويق البيوت؟ فقال: تصاوير التماثيل» «۲» و فيه أنه لم يظهر كون متعلق النهى هو المعنى المصدرى للتصوير بل من المحتمل جدا أن يكون متعلقة اتخاذ الصور فى البيوت نقشا أو مجسمة، و لا بد من حمل هذا النهى على الكراهة،

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۹۴) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۶)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۳) الباب: (۳) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۲۱

....

لما سيأتى من الترخيص فيه فى الروايات الأخرى.

(الثالث)- ما تقدم من تحف العقول من أنه لا بأس بصنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحانى، و فيه أنها و ان كانت ظاهرة فى عدم جواز تصوير الحيوان بنحو النقش أو التجسيم، الا أن دعوى انصراف الصورة و المثال بقول مطلق الى المجسمة لا يمكن المساعدة عليها، كما يظهر وجهه بملاحظة الروايات و اللغة، و لكنها باعتبار ضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها كما ذكرنا ذلك عند التعرض لها.

(الرابع) ما فى الروايات المستفيضة، و (منها) ما رواه الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن رجل عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «من مثل تمثالا كلف يوم القيمة ان ينفخ فيه الروح» و فى حديث المناهى المتقدم و قال رسول اللّه من صور صورة كلفه اللّه يوم القيمة أن ينفخ فيها، و ليس بنافخ» و ربما يناقش فى دلالتها بعد الإغماض عن سندها بان مقتضى الأمر بالنفخ ان تكون الصورة مجسمة، و يجاب عن ذلك تارة بإرجاع الأمر بالنفخ الى الأمر بالتجسيم أولا، ثم النفخ فيه، و هذا الجواب كما يذكر المصنف (ره) خلاف الظاهر، و أخرى بأن النقش باعتبار محله أو باعتبار الأجزاء اللطيفة من الصبغ قابل للنفخ، و كذا إذا كان من قبيل أمر الإمام (ع) الأسد المنقوش على بساط الخليفة بأخذ الساحر فى ذلك المجلس، و لعله فى الحقيقة من تعلق إرادته (ع) بمحو الصورة عن البساط و حضور أسد يكون صورته موافقا لما كان فى البساط.

(أقول) التكليف الوارد فى هذه الاخبار بالنفخ اعتذارى لا يعتبر تعلقه بالممكن أو المقدور، فلا يكون فى الأمر قرينة على اختصاص الصورة بالمجسمة، كما لا حاجة الى فرض إمكان النفخ فى النقش. اللهم إلا أن يقال: إن الأمر بالنفخ يقتضى كون الصورة مجسمة، لا لأن الأمر يتعلق بالممكن أو المقدور حتى يجاب عنه بان الأمر به اعتذارى، بل لأن الأمر بالنفخ ظاهره نقص الصورة من الحيوان أو

الإنسان فی جهة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۲

....

الروح فقط.

(الخامس)- صحیحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن تماثیل الشجر و الشمس و القمر؟ فقال: لا بأس ما لم یکن شیئا من الحیوان» «۱» و ذکر المصنف (ره) أن هذه أظهر ما فی الباب من حیث شمولها للصورة بنحو النقش، و ذلک بقرینة تمثال الشمس و القمر الذی یکون بالنقش عادة، و فیه أن هذه الصحیحة لا دلالة لها علی عدم جواز التصویر بمعناه المصدری، حیث ان من المحتمل رجوع السؤال فیها الی اقتناء الصور، (لا یقال) علی تقدیر کون المراد منها السؤال عن الاقتناء تکون دالة علی حرمة التصویر ایضا، حیث ان حرمة الاقتناء لازمها حرمة عملها، إذ لا یحتمل حرمة اقتناء الصورة و جواز عملها. و الحاصل ان حرمة عملها تثبت بالصحیحة علی کل تقدیر، إما بدلالتها المطابقیة، کما إذا کان السؤال راجعا الی العمل أو بالالتزام بناء علی کونها ناظرة إلی حکم الاقتناء (فإنه یقال) إذا کان النهی فیها عن الاقتناء فیحمل علی الکراهة لا محالة، لما یأتی من القرینة الواضحة علیها.

و کراهة الاقتناء لا تلازم حرمة العمل.

(السادس) ما فی المحاسن عن أبیه عن ابن سنان عن ابی الجارود عن الأصبغ بن نباتة عن أمیر المؤمنین (ع)، قال: «من جدد قبرا أو مثل مثالا فقد خرج عن الإسلام» و وجه دلالته ان التصویر و المثال کما حکی کاشف اللثام عن أهل اللغة مترادفان، و الغالب خارجا من تصویر الحیوانات نقشها، و لو لم تکن الروایة مختصة بالغالب فلا أقل من شمولها له. و ربما یقال: إن المراد بتمثیل المثال فیها صنع الصنم بقرینة خروج الفاعل عن الإسلام، کیف؟ و لا یکون التصویر أشد من الزنا و نحوه من المعاصی الکبیرة التی لا یخرج فاعلها بفعلها عن الإسلام.

(أقول): هذا خروج حکمی عن الإسلام نظیر قوله سبحانه

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۳) الباب: (۳) من أحکام المساکن- الحدیث: (۱۷)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۳

و یؤیده ان الظاهر ان الحکمة فی التحریم (۱)

وَ مَنْ کَفَرَ فَإِنَّ اللّٰهَ غَنِیٌّ عَنِ الْعٰالَمِینَ «۱» و الا فصنع الصنم ایضا لا یوجب الخروج عن الإسلام.

و الحاصل أن التصویر لا یقل وزرا عن تجدید القبر و تعمیره، و قد ذکر فی الحدیث خروج فاعلهما عن الإسلام. و العمدة ضعف السند و عدم ثبوت الترادف بین التصویر و التمثال کما لا یخفی.

(۱) یعنی یؤید حرمة تصویر الحیوان- و لو کان بنحو النقش- حکمة هذا الحکم و هو تشبه المصور بالخالق تعالی. و فیه (أولا) أنه لا سبیل لنا إلی إحراز أن حکمة الحکم هو التشبه بالخالق، و الا لجری فی تصویر الأشجار و غیرها کما سنذکر. و (ثانیا) ان التشبه لا یکون بمجرد النقش، بل بإبداع الجسم الشامل علی تمام وسائل الحیاة و ابزارها. و دعوی أنه لا دخل للمادة فی التشبه لا یمکن المساعدة علیها کما لا یخفی.

و قد تحصل من جمیع ما ذکرنا عدم تمام الدلیل علی حرمة التصویر بنحو النقش و لا بنحو التجسیم، و ان کان التجسیم باعتبار عدم ظهور الخلاف فی حرمته موردا للاحتیاط.

(لا یقال) قد ورد فی روایات مستفیضة من صور صورة کلف یوم القیمة ان ینفخ فیها و لیس بنافخ، و دلالتها علی حرمة التصویر بنحو المجسمة تامة، و ضعف سندها منجبر بعمل المشهور، بل بعدم ظهور الخلاف بین الأصحاب، (فإنه یقال) لم یعلم استناد کلهم أو جلهم فی حکمهم بعدم الجواز الی تلک الروایات، و لعلهم استفادوا الحکم من صحیحة محمد بن مسلم أو موثقة أبی بصیر المتقدمین. و بما أنا ناقشنا فی دلالتهما علی حرمة إیجاد الصورة و عملها، فیکون المقام نظیر قولهم بنجاسة ماء البئر استنادا الی اخبار النزح. و کیف کان فلا یمکننا الإفتاء بالحرمة، بل غایة الأمر الالتزام بالاحتیاط کما ذکرنا.

ثم لا یخفی أن ما دل علی حرمة التصویر و لو نقشا علی تقدیر تمامه لا یعم التصویر المتعارف فی زماننا المعبر عنه بالفارسیة (عکس گرفتن)، و ذلک، فان ظاهر ما تقدم

---

(۱) سورة آل عمران (۳)- الایة (۹۷).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۴

و ان کان ما ذکره لا یخلو عن نظر (۱) و لکن العمدة فی اختصاص الحکم (۲) فیها یقید بعض ما مر من الإطلاق (۳)

حرمة إیجاد الصورة و عملها نقشا أو مجسمة. و أما العمل علی بقاء الصورة الواقعة من الشیء فی شیء آخر کما فی هذا التصویر المتعارف، فغیر داخل فی مدلولها، کما إذا صب المکلف مائعا علی المرآة الواقعة علیها صورة إنسان، فثبتت فی المرآة تلک الصورة بصبه، فإنه لا یسمی ذلک تصویرا بالمعنی الوارد علیه الاخبار.

(۱) و وجهه کما سیذکر (ره) أن روایات المنع ظاهرها قصد حکایة الشیء و تمثیله. و أما فعل ما تدعوه الیه حاجته و یکون شبیها بشیء من خلق اللّه من غیر قصد تصویره و الحکایة عنه، فلا- تعمه تلک الروایات، و ثیاب ذوات الاعلام أو الثیاب المحشوة مع شبه طرائقها بالأخشاب من هذا القبیل. و الحاصل أن حرمة نقش غیر الحیوان من سائر المخلوقات لا تلازم حرمة خیاطة الثیاب المحشوة و غیرها.

(۲) و لکن لا تصل النوبة إلی أصالة الإباحة فی مقابل ما یدل علی جواز تصویر غیر الحیوان.

(۳) ای أنه بهذه الروایة الدالة علی جواز تماثیل الشجر و غیره بنحو النقش و التجسیم، یرفع الید عن إطلاق مثل قوله: (و نهی عن تزویق البیوت) بحمله علی تزویقها بصورة الحیوان أو الإنسان نقشا أو مجسمة.

ثم ان من الأقوال فی المسألة المنع عن تصویر ذی الروح و غیره بنقش أو تجسیم أخذا بالإطلاق المتقدم اللازم تقییده بما ذکر، و المنع عن التصویر بنحو المجسمة، سواء کانت صورة حیوان أو غیره. و التفصیل فی المنقوش بین الحیوان و غیره مما لا حیاة له، فلا یجوز الأول و یجوز الثانی.

و الوجه فی هذا التفصیل دعوی انصراف الروایات المجوزة إلی بیان حکم النقش، و أن المنقوش لا- بأس به إذا لم یکن حیوانا، و لکن مقتضی الدعوی المزبورة هو الحکم بکراهة التصویر مطلقا، سواء کان بنحو المجسمة أو النقش أم کان حیوانا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۵

فلا یقدح نقص بعض الاجزاء (۱) و لو اشتغل بتصویر حیوان فعل حراما (۲)

أو غیره، و ذلک لما ذکره المصنف (ره) من ان التصویر و التمثال علی تقدیر انصرافه الی النقش باعتبار کون الغالب خارجا هو المنقوش لکان هذا الانصراف فی کلتا الطائفتین أی فی الروایات المانعة عن التصویر و المجوزة له، فلا بد من حمل المانعة علی الکراهة باعتبار ورود الرخصة فی الثانیة، فلا یکون فی البین دلیل علی حرمة التصویر بالمجسمة فی الحیوان و غیره، فتکون مکروهة

إلحاقا لها بالنقش. و هذا الاشكال من المصنف (ره) مبنى على التزام القائل المزبور بعدم الفصل بين الحيوان و غيره، و الا لكانت النتيجة حرمة نقش الحيوان و الإنسان و جواز نقش غيرهما، و ذلك لثبوت الترخيص فى نقش غير الحيوان و الإنسان، فيحمل المنع فى الطائفة الأولى على نقشهما و يلحق تصوير الإنسان أو الحيوان بنحو المجسمة بنقشهما بالفحوى كما لا يخفى.

(١) بان يصدق على الناقص أنها صورة إنسان أو حيوان، كما فى الحيوان المقطوع اذنه أو رجله، و ليس فيما ورد من تغيير الصورة بقلع عينها أو بغيره دلالة على جواز تصوير الناقص، لان القلع موجب لارتفاع كراهة اقتناء الصورة لا جواز تصويره كذلك.

(٢) يعنى لو قصد تصوير الحيوان مثلا بتمامه و شرع فيه، يكون بشروعه مستحقا للعقاب حتى فيما لو بدا له بعد ذلك فلم يتمه. و هل هذا الاستحقاق على مخالفة النهى عن التصوير أو للتجرى؟ وجهان: وجه كونه تجريا أنه قصد الحرام و اشتغل ببعض مقدماته، و وجه كونه محرما من حيث التصوير أن معنى حرمة الفعل الذى من قبيل المركب ليس عرفا الا الاشتغال به بداعى تحقيقه و ان لم يتمه. و الفرق بين تحريم المركب و إيجابه مع أن موافقة الإيجاب لا تكون إلا بإتمام ذلك المركب قضاء العرف.

(أقول) فيه ما لا يخفى، فان العنوان المحرم إذا كان بحيث لا يصدق الا على المجموع كما هو المفروض، لأن المنهى عنه تصوير الحيوان أو الإنسان و عمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٦

[بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله]

بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله (١)

تمثالهما، و هذا يكون بنقشهما أو تجسيمهما من قرنهما الى قدمهما، فيكون اتصاف الجزء الأول بكونه حراما مشروطا بتحقق الجزء الآخر كما فى الواجبات الارتباطية، فالتفرقة بين الواجبات و المحرمات فى ذلك بلا وجه. و لو اشتغل اثنان بتصوير حيوان بان قصد هذا تصوير بعضه و الآخر تصوير بعضه الآخر، و كان ذلك بعلم كل منهما بفعل صاحبه، فلا يبعد الالتزام بحرمة تصوير البعض فى الفرض أخذا بقوله سبحانه:

وَ لٰا تَعٰاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوٰانِ حيث أن مقتضى الأدلة الأولية عدم جواز تصوير كل مكلف تمام الحيوان، و مقتضى الآية حرمة الاشتراك فى تحقيق ذلك الحرام كما لا يخفى و ليس المحرم بحسب الأدلة هو إتمام الصورة كما إذا قصد أحد تصوير جسد الحيوان مثلا بلا رأس، بلا علم منه ان الآخر يكمله، و أكمله الآخر برسم الرأس له، فلا يكون فعل الثانى حراما باعتبار كونه إتماما لتلك الصورة، فإن المحرم هو تصوير كل مكلف الحيوان أو الإنسان لا إتمام صورتهما، و تصويرهما لا يصدق على مجرد إتمامهما، كما انه لا يصدق على تصوير بعضهما. و قد تقدم دلالة صحيحة محمد بن مسلم على عدم البأس بتصوير لا يكون حيوانا، كما ان المستفاد من روايات التكليف بالنفخ اعتبار المنهى عنه بنحو يكون بالنفخ إنسانا أو حيوانا. و تصوير بعض أعضائهما لا يكون كذلك فتدبر.

(١) لا يخفى أن جواز اقتناء الصورة ملازم لجواز المعاملة بها، فان اقتناءها لزينة البيوت و غيرها منفعة مقصودة يوجب جوازه جوازها، و لا يقاس اقتناؤها باقتناء الخمر مثلا، حيث أن جواز اقتنائه للتخليل لا يكون موجبا لجواز بيعه، فإن المنفعة المقصودة من الخمر شربها و هو محرم، بخلاف الصور. هذا مع ورود النهى عن بيع الخمر و شرائها وضعا و تكليفا كما مر. و أما لو قيل بحرمة اقتناء الصورة أو وجوب محوها فلازمه الحكم بفساد المعاملة عليها، باعتبار عدم المنفعة المحللة فيها، فيكون أكل المال بها أكلا بالباطل. و لذا ذكر فى جامع المقاصد جواز إبقاء الصور و اقتنائها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٧

....

فيجوز بيعها. و عن المقنعة و النهاية و السرائر عدم جواز التجارة بها، و لازمه عدم جواز اقتنائها. و كيف كان فذكر المصنف (ره) فى عدم جواز اقتنائها وجوها:

(الأول) ان الدليل على حرمة شىء حدوثا دليل على حرمة إبقائه، باعتبار ان ذلك مقتضى مبغوضيته، و أجاب عن ذلك فيما بعد ان ظاهر الدليل هى حرمة عمله.

و اما إبقاؤه بعد عمله فلا يستفاد حرمته. نعم لو كان حرمة عمل الشىء بحيث يعم بقاءه بان تكون دلالته على حرمة الإبقاء بالملازمة العرفية كما فى حرمة تنجيس المسجد باعتبار احترامه، و عدم جواز هتكه، فيعم الحكم الإبقاء، و يكون الدليل على حرمة تنجيسه دالا بالملازمة على وجوب تطهيره.

(الثانى) صحيحة محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ قال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان» «۱» بدعوى رجوع السؤال عن الأعيان إلى الفعل المناسب لها، و المناسب للتماثيل اقتناؤها لزينة البيوت و غيرها لا عملها، كما إذا سئل عن الخمر و أجيب بالحرمة يكون ظاهره حرمة شربها، فإنه المتعارف فى الخمر لا عملها، بل ما نحن فيه يمتاز عن مثل الخمر بأن عمل الخمر يقع من كل انسان يريد عمله، بخلاف التصوير، فإنه لا يقع الا من البعض، فيمكن رجوع السؤال عن الخمر الى عملها بخلاف التماثيل.

و أجاب (ره) عن هذا الوجه برجوع السؤال إلى عملها، فان عمل التصاوير مرتكز فى أذهان عامة الناس، و يكون السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفة حكم عملها، إذ لا يحتمل عدم جواز اقتناء ما يجوز عمله.

(أقول) لم يظهر من الصحيحة رجوع السؤال إلى عمل التماثيل، فإنه لو لم تكن ظاهرة فى حكم الاقتناء فلا أقل من عدم ظهورها فى عملها. و ما ذكره المصنف (ره) فى وجه رجوع السؤال إلى عملها ضعيف، فإنه يمكن ان لا يعلم السائل حكم عملها:

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۳) الباب: (۳) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (۱۷)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۲۸

....

و مع ذلك يسأل عن حكم اقتنائها باعتبار خروج عملها عن ابتلائه، لعدم معرفته بالتصوير أو عدم قصده، بخلاف اقتنائها كما يمكن علمه بحرمة عملها أو كراهته من قبل و يسأل فعلا عن حكم اقتنائها.

و ما ذكر- فى وجه رجوع السؤال إلى الاقتناء من أن السؤال عن الخمر لا ينصرف الى عملها، مع أن عملها يقع من كل واحد فكيف بالتصوير، فإنه عمل مختص بالنقاش- غير تام، بل الأمر أشبه بالعكس، فإنه لا يعرف كل انسان عمل الخمر، بخلاف التصوير و لو بصورة ما كما لا يخفى.

(الثالث) الحصر المذكور للصناعة فى حديث تحف العقول حيث ذكر فيه أن الصناعة المحرمة هى التى يجىء منها الفساد المحض، و لا يكون فيها جهة صلاح، و يحرم جميع التقلب فيها و إذا حرم تصوير الحيوان كما هو الفرض يكون فيه الفساد المحض، بمقتضى الحديث كما يحرم جميع التقلب فيه الذى منه بيع الصورة و شراؤها و اقتناؤها. و أجاب (ره) عن هذا الوجه بأن المذكور فى الحديث من الصناعة قسمان: (الأول)- ما يكون فيه الصلاح و الفساد معا. (الثانى)- ما يكون فيه الفساد المحض، و مدلوله أن المحرم من هذين القسمين هو الثانى الذى يحرم فيه جميع التقلب. و أما أنه ليس للصناعة قسم ثالث، و هو ما إذا كان الفساد المحض فى عمله

فقط لا ـ فی إبقاء المصنوع، فیکون المحرم عمله فقط، فلا ـ یکون الحدیث نافیا لذلک، فان الحصر الوارد فیه إضافی أی ناظر الی القسمین المذکورین، و أن المحرم منهما الثانی لا ـ الأول. و علی ذلک فیمکن کون التصویر من القسم الثالث الخارج عن مدلول الحدیث، بان کان عمل الصورة محرما دون اقتنائها.

(أقول) حمل الحصر فیه علی الإضافی لا یناسب وروده فی بیان ضابط الحلال و الحرام من الکسب.

(الوجه الرابع)- ما رواه الکلینی عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن

السکونی عن ابی عبد اللّه (ع) قال: «قال أمیر المؤمنین (ع): بعثنی رسول اللّه (ص) الی المدینة، فقال لا تدع صورة الا محوتها، و لا قبرا الا ـ سویته، و لا کلبا الا قتلته» «۱» و أجاب (ره) عن هذا الوجه بأن الأمر فیه محمول علی الاستحباب أو علی کراهة إبقاء الصورة، بقرینة الأمر بتسویة القبور و قتل الکلاب. و فیه أن قرینة السیاق- بأن یکون رفع الید عن ظهور الطلب بالإضافة إلی فعل موجبا لرفع الید عن ظهوره بالإضافة إلی الفعل الآخر ایضا- لا أساس لها. و لذا لا تکون القرینة علی استحباب غسل الجمعة موجبا لرفع الید عن الظهور بالإضافة إلی غسل الجنابة أیضا، کما فی مثل قوله (اغتسل للجمعة و الجنابة) فضلا عن مثل (اغتسل للجمعة و اغتسل للجنابة) نعم نلتزم بحمل النهی عن إبقاء الصورة علی الکراهة، لکن لا بقرینة السیاق، بل للروایات الآتیة الظاهرة فی الترخیص فی اقتنائها.

(الوجه الخامس) صحیحة علی بن جعفر المحکیة عن المحاسن عن موسی قاسم عنه عن أخیه (ع) أنه «سأل أباه عن التماثیل؟ قال: لا یصلح أن یلعب بها» «۲» و رواها عن قرب الاسناد عن عبد اللّه بن الحسن عن جده علی بن جعفر عن أخیه موسی ابن جعفر (ع)، قال: «سألته عن التماثیل هل یصلح أن یلعب بها؟ قال: لا» و هذه علی النقل الأول مؤیدة لما تقدم من أن السؤال عن التماثیل لا یکون ظاهرا فی السؤال عن صنعها و عملها.

(الوجه السادس) تصدیه سلام اللّه علیه للدفاع عن سلیمان النبی (ع)، بان المصنوع له کانت صورة الشجر، فإنه لا مورد للدفاع عنه بالجواب المزبور الا مع عدم مناسبة اقتناء الصورة لمثله (ع)، و لو کان المنافی صنعها فقط لم یکن للاعتراض وجه، حیث ان عمله (ع) کان الاقتناء لا الصنع. و فیه أن الاعتراض باعتبار مشیة

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۳) الباب: (۳) من أبواب أحکام المساکن- الحدیث: (۱۷)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۳) الباب: (۳) من أبواب أحکام المساکن- الحدیث: (۱۵)

سلیمان صنع الصور، و هذا لا یجتمع مع حرمة التصویر، فدافع سلام اللّه علیه بان المصنوع له کانت صورة شجر، بل لو کان الاعتراض و الدفاع راجعین الی الاقتناء لما کانت ایضا فیها دلالة علی حرمة اقتناء صورة الحیوان. و ذلک فان الدفاع و الاعتراض یصحان علی تقدیر کون الاقتناء مکروها، لان المکروه لا یلیق بشأن النبی، فدافع (ع) بأن الصورة لم تکن حیوانا حتی یکره اقتناؤها.

(الوجه السابع) صحیحة زرارة بن أعین عن ابی جعفر (ع)، قال: «لا بأس بأن یکون التماثیل فی البیوت إذا غیرت رؤوسها منها و ترک ما سوی ذلک» «۱» فان مفهومها ثبوت البأس بها مع عدم التغییر و ثبوت البأس فی شیء مطلقا مقتضاه حرمته.

و فیه أنه لا بد من حمل البأس فی الروایة و مثلها علی الکراهة کما هو مقتضی الجمع بینهما و بین الاخبار المجوزة لاقتناء التماثیل فی

البيت و الصلاة فيها. و ذكر المصنف (ره) أن فى هذه الصحيحة دلالة على جواز اقتناء الصور و عدم وجوب محوها، و لعله باعتبار أن تغيير رأس الحيوان لا- يخرجه عن كونها صورة حيوان و لو فى بعض موارد التغيير. نعم مثل حذف رأس الحيوان يخرجه عن صورة الحيوان.

(الوجه الثامن) حسنة المثنى عن ابى عبد اللّه (ع) «أن عليا (ع) كره الصور» بضميمة ما ورد من أنه (ع) لا يكره الحلال كما فى بعض الروايات الواردة فى الربا.

و فيه أن المراد بالحلال هو المباح المساوى طرفاه لا المقابل للحرام، ضرورة أنه (ع) يكره المكروهات فى الشرع، «۲».

(الوجه التاسع) ما رواه الحسن بن فضل الطبرسى فى مكارم الأخلاق عن الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «و قد أهديت الى طنفسة (ثوب أو بساط) من الشام عليها تماثيل طائر، فأمرت به فغير رأسه فجعل كهيئة الشجر» «۳» و فيه أن الرواية مرفوعة

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۳) الباب: (۴) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۳) الباب: (۳) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (۳)

(۳) وسائل الشيعة: الجزء (۳) الباب: (۴) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (۷)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۳۱

فهى معارضة بما هو الأظهر و الأكثر (۱) مثل صحيحة الحلبى (۲) و عن قرب الاسناد عن على بن جعفر (۳)

و فعله (ع) أو أمره بالتغيير لا يدل على حرمة الإبقاء حيث يحتمل كونه لأجل الكراهة

(۱) لا- يخفى ظهور بعض الاخبار المعتبرة فى جواز إبقاء الصور فى البيوت تكليفا، و عدم كونها موجبة لبطلان الصلاة، كصحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن التماثيل فى البيت؟ فقال: لا بأس إذا كان عن يمينك و عن شمالك و عن خلفك أو تحت رجليك، و إن كانت فى القبلة فالق عليها ثوبا» «۱» حيث أن مقتضى إطلاق نفى البأس جواز إبقائها تكليفا و وضعا، و الأمر بإلقاء الثوب عليها فيما إذا كانت فى القبلة لا يصلح لكونه قرينة على اختصاص السؤال و الجواب بالوضع، كما أن عدم الاستفصال فى الجواب بين كونها بنحو المجسمة أو النقوش مقتضاه عدم الفرق بينهما فى الحكم، و الأمر بإلقاء الثوب- أو تغيير الرأس أو قلع العين و نحوه- حكم غير إلزامى، بقرينة مثل صحيحة على بن جعفر عن أخيه (ع) قال: «سألته عن البيت فيه صورة سمكة أو طير و شبهها يعبث به أهل البيت. هل تصلح الصلاة فيه؟

فقال: لا حتى تقطع رأسه و يفسد، و إن صلى فليست عليه اعادة» «۲» حيث أن نفى الإعادة قرينة على حمل النهى على الكراهة، بل لا يبعد أن يقال: إن عدم أمره سلام اللّه عليه بمحو تلك الصورة مطلقا قرينة على جواز اقتنائها.

(۲) هذه الرواية دلالتها على جواز الاقتناء واضحة «۳»

(۳) و فى السند عبد اللّه بن الحسن. و حاصل ما ذكره (ره)- فى كون هذه الرواية قرينة على عدم حرمة اقتناء الصور- هو أن الأمر بالكسر فيها ليس باعتبار

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۴۵) من أبواب لباس المصلى- الحديث: (۱)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۳۲) من أبواب لباس المصلى- الحديث: (۱۲).

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۳۲) من أبواب لباس المصلى- الحديث: (۲).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۳۲

أو المراد اتخاذه کسبا (۱) یدل علیه الأدلة (۲)

وجوب محو الصورة تکلیفا، و إلا لم یکن وجه للتفرقة بین الصورة فی البیت و بین الصورة فی الستر بالأمر بالکسر فی الأول، و بالنزع فی الثانی، بل کان الواجب إزالة الصورة، حتی التی کانت فی الستر. و احتمال أن یکون المراد بکسر رؤوس التماثیل شاملا لما فی الستر ایضا، و الأمر بنزع الستر لکونه مقدمة للتغییر فیه ما لا یخفی، بل الظاهر أن الحکم بالکسر و النزع لرعایة الصلاة.

(أقول): قد تحصل مما ذکرنا الی هنا جواز اقتناء الصور، سواء کانت بنحو المجسمة أو النقوش، حتی علی القول بحرمة التصویر، و یلازم جواز اقتنائها جواز المعاملة علیها، حیث أن اقتنائها لتزیین البیوت بها منفعة مقصودة توجب مالیتها.

و هذا فیما إذا باع الصور بما هی مجسمة و صور. و أما إذا باعها بعنوان موادها، فجوازه لا کلام فیه، حیث ان بیعها کذلک لا یزید علی بیع مادة الصنم. و قد تقدم جوازه.

(۱) بأن یؤجر نفسه للکیل بنحو التطفیف، حیث أنه فی الفرض یدخل فی الأفعال المحرمة التی یؤخذ علیها الأجرة، فیکون أکلها بالباطل.

(۲) لا یخفی أنه لا یمکن فی المقام إحراز الإجماع التعبدی الذی یکون أحد الأدلة، بل الإجماع فی مثل المقام مدرکی، فإنه إذا علم أو احتمل المدرک لاتفاق العلماء، فلا بد من ملاحظته، فان تم لزم القول بما قالوا لا لقولهم، بل لذلک المدرک و إن لم یتم، فلا یکون اعتبار فی اتفاقهم. و هذا بخلاف الإجماع التعبدی الکاشف عن حجة معتبرة، بحیث لو کانت واصلة إلینا لکانت تامة عندنا ایضا. و فی المقام مع دلالة الکتاب المجید علی حرمة البخس فی المکیال أو المیزان، و کونه من الکبائر کما هو مقتضی قوله سبحانه وَیْلٌ لِلْمُطَفِّفِینَ و دلالة الاخبار و حکم العقل بأنه ظلم و أکل لمال الغیر عدوانا لا مجال لدعوی الإجماع التعبدی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۳۳

[ثم ان البخس فی العد و الذرع]

ثم ان البخس فی العد و الذرع (۱) و لو وازن الربوی بجنسه فطفف فی أحدهما (۲)

---

(۱) لا- یخفی أن البحث فی معنی التطفیف، و کونه البخس فی المکیال أو المیزان فقط أو مطلق البخس، حتی فی العد و الذرع لا یترتب علیه ثمرة عملیة.

و ذلک لدخول البخس فی العد و الذرع فیه حکما بلا شبهة، و لا یحتمل الفرق بین النقص فی الکیل أو الوزن، و النقص فی العد و الذرع. و ظاهر المصنف (ره) اختصاص معنی التطفیف بالکیل و الوزن فلاحظ.

(۲) تعرض (ره) لصور ثلاث: (الاولی)- وقوع المعاملة علی الکلی المعین وزنا، فیکون دفع الناقص فی مقام الوفاء بتلک المعاملة، و یبقی مقدار النقص فی عهدته (الثانیة) وقوع المعاملة علی المدفوع خارجا بلا شرط المقدار، و یکون النقص فی هذه الصورة موجبا لفساد المعاملة کما هو مقتضی لزوم الربا.

(لا یقال): ظاهر کلام المصنف (ره) فی هذه الصورة الحکم بصحة المعاملة مع عدم کون العوضین متجانسین، حیث انه علل فسادها بلزوم الربا (فإنه یقال):

نعم مع عدم کونهما متجانسین یحکم بصحتها، بل و عدم الخیار للطرف، لأن المفروض وقوع المعاملة علی الشیء بلا اشتراط المقدار و الغرر مندفع باعتقاد المشتری و إحرازه مقدار المبیع، و کذلک البائع، بل لو فرض علم البائع بالحال، و أنه ناقص عما یعتقده

المشتری، فلا تکون حرمة تطفیفه موجبة لفساد المعاملة.

(الثالثة) وقوع المعاملة علی المدفوع خارجا بشرط کونه بالمقدار المساوی للعوض الآخر، فان قیل: إن اشتراط المقدار لا یزید علی سائر الشروط الموجب تخلفها الخیار للطرف، فیحکم بفساد المعاملة باعتبار لزوم الربا ایضا. و أما بناء علی أن شرط المقدار فی حکم الجزء، فتکون المعاملة منحلة، فتصح بالإضافة إلی الموجود، و تبطل فی مقدار النقص. و إلی ما ذکرنا من الانحلال و عدمه أشار (ره) بقوله: (و یمکن ابتناؤه علی ان اشتراط المقدار) و الظاهر ان اشتراطه لا یکون کسائر الشروط التی لا یوجب تخلفها إلا الخیار للطرف، بل یکون البیع بالإضافة إلیه منحلا، و لذا لو اشتری بعشرة دنانیر مقدارا من الکتب بشرط کونه خمسین عددا، فلو سئل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۴

....

المشتری عن سعر الشراء و أجاب بشراء الواحد بخمس الدینار کان صحیحا و لو ظهر النقص فی العد فنقص لکل ناقص خمس الدینار لما کان للبائع حق المطالبة به.

و مما ذکرنا ظهر فساد ما ذکره المحقق الإیروانی فی تعلیقته علی الکتاب من فساد المعاملة فی الصورة الثالثة، باعتبار أنه لیس المبیع هو الموجود الخارجی مطلقا، بل بعنوان انه کذا مقدارا، و لم یحصل هذا العنوان، و یکون الفرض کما إذا باع فلزا بعنوان أنه ذهب، فظهر مذهبا، و وجه الظهور أن عنوان الذهب عنوان مقوم للمبیع، و مع تخلفه لا یکون للمبیع تحقق، بخلاف اشتراط المقدار فإنه مع انحلال المبیع، کما هو المفروض یکون بعض المبیع موجودا. و لذا یحکم بالفساد فی المقدار الزائد من أحد العوضین. و تقدم سابقا أن تخلف عنوان المبیع لا یوجب انتفاءه مطلقا، بل فیما إذا کان عنوانا مقوما. و تفصیل ذلک فی باب الشروط ان شاء اللّه تعالی.

ثم إن البخس فی المکیال فی القسمین الآخرین تطفیف فی مقام المعاملة و تعیین العوضین فیها کما لا یخفی. و مما ذکرنا یظهر حکم التطفیف فی غیر موارد المعاملة الربویة، فلو کان التطفیف فی مقام الوفاء بالمعاملة الجاریة علی الکلی، فیبقی المقدار الناقص علی العهدة. و لو جرت المعاملة علی ما فی الخارج، فان کان من الصورة الثانیة، فتصح، و ربما یثبت للمشتری خیار الغبن، کما إذا اعتقد کون الخارج کذا مقدارا، و اشتراه بقیمته السوقیة، ثم ظهر أنه ناقص من ذلک المقدار، و لا یساوی الموجود ذلک الثمن. و أما إذا جرت المعاملة علی الخارج بشرط کونه کذا مقدارا، فبناء علی انحلال المعاملة مع هذا الشرط، کما تقدم تبطل المعاملة بالإضافة إلی المقدار الناقص مثلا، إذا اشتری صبرة من حنطة بعشرة دنانیر، بشرط کونها عشرة أمنان، و ظهرت تسعة، یحکم بصحة المعاملة فی تسعة أمنان بتسعة دنانیر، و تبطل بالإضافة إلی دینار واحد، و بناء علی عدم الانحلال، و کون هذا الشرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۵

[فی التنجیم]

و هو کما عن جامع المقاصد الاخبار عن أحکام النجوم (۱)

کسائر الشروط یثبت للآخر خیار تخلف الشرط فقط.

(۱) المراد بالأحکام الحوادث السفلیة و إضافتها إلی النجوم، باعتبار أن لها ربطا ما بالأوضاع الفلکیة الحاصلة للنجوم بسیر بعضها و سکون بعضها الآخر، ثم لا یخفی عدم اختصاص التنجیم بما إذا أخبر الناظر إلیها و الی أوضاعها الفلکیة بالحادثة، بل یعم ما إذا کان النظر إلیها لمجرد الاستعلام بالحادثة، و إن لم یخبر بها أحدا، و یکشف عن ذلک مثل روایة القاسم بن عبد الرحمن «أن النبی (ص)

نهی عن خصال منها مهر البغی، و منها النظر فی النجوم» «۱» و روایة عبد الملک بن أعین، قال:
«قلت لأبی عبد اللّه (ع): أنی قد ابتلیت بهذا العلم، فأرید الحاجة، فإذا نظرت الی الطالع، و رأیت الطالع الشر جلست و لم اذهب فیها، و إذا رأیت طالع الخیر ذهبت فی الحاجة، فقال لی: تقضـی؟ قلت: نعم، قال أحرق کتبک» «۲» بناء علی أن المراد بالقضاء هو الاعتقاد بنحو الجزم، و البت لا الاخبار و الحکم للمراجعین و کیف ما کان فینبغی فی المقام ذکر أمرین.
(الأول) أن الاخبار عن نفس الأوضاع الفلکیة للنجوم، کالاخبار عن کون القمر فعلا فی البرج الفلانی أو حدوث الخسوف فی القمر فی اللیلة الفلانیة أو حصول رؤیة الهلال فی زمان کذا، و غیر ذلک لا یکون داخلا فی اخبار الباب الناطقة بالمنع عن التنجیم، فان کان اخبارهم عن الأوضاع مستندا الی مقدمات موجبة لعلمهم بهذه الأمور، فیجوز لهم الاخبار عنها بتا، و ان کان مستندا الی ما یحتملون فیه الخطأ، فیجوز لهم الاخبار عنها لا علی سبیل الجزم، بل بنحو الظن و التخمین، حتی لا یکون اخبارهم داخلا فی الکذب، أو القول بغیر علم. هذا بالإضافة إلی المنجم.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۲۴) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵)
(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۸) الباب: (۱۴) من أبواب آداب السفر الی الحج و غیره- الحدیث: (۱)
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۶
....

و أما سائر الناس فلا یکون اخبار المنجم حجة و طریقا شرعیا لهم بالإضافة إلی مثل رؤیة الهلال و وقوع الخسوف أو الکسوف مما وقع موضوعا فی الخطابات الشرعیة، لاحتمال خطأهم فی الحساب و سائر ماله دخل فی أخبارهم. نعم لو حصل لأحد الاطمئنان بصحة اخبارهم فذلک أمر آخر، حیث أن العلم أو الاطمئنان حجة للمکلف من أی مصدر کان، فیجوز للمکلف الإفطار فیما إذا حصل له الاطمئنان بصحة اخبارهم برؤیة الهلال و نحو ذلک. و ما ذکره المصنف (ره)- من أنه یمکن الاعتماد فی مثل ذلک بشهادة العدلین منهم، کما إذا احتاج الحاکم لتعیین أجل دین و نحوه- غیر صحیح علی إطلاقه، فإنه إذا باع مثلا متاعا الی حلول الشهر الفلانی، و أخبر المنجم برؤیة الهلال فی اللیلة الفلانیة، فلا یصح للبائع مطالبة المشتری بالدین فی ذلک الزمان بمجرد الاخبار المزبور، حتی فیما إذا کان عدلا و وافقه فیه منجم عادل آخر، و ذلک لعدم دخول أخبارهم فی الشهادة برؤیة الهلال و البینة المعتبرة فی ثبوت رؤیة الهلال أو غیرها هی الاخبار عن الرؤیة أو غیرها بالحس لا بالحساب و الکتاب کما لا یخفی.
(الثانی) ان الاخبار عن الحوادث السفلیة- المعبر عنها بأحکام النجوم باعتبار کون أوضاعها مجرد علامات لتلک الحوادث و لا تأثیر لها لا- بنحو العلیة و لا- بنحو الاقتضاء- ان کان بنحو الجزم و البت بحیث لا یحتمل أو لا یمکن عدم وقوع الحادثة التی کشف عن وقوعها الوضع الفلکی حتی بالتضرع و الدعاء الی اللّه سبحانه و التوسل الی أولیائه أو بالصدقة و نحوها فهو باطل، و یکفی فی بطلانه و عدم جوازه الأدلة القاطعة من الکتاب و السنة علی الترغیب فی الدعاء و التوسل و الصدقة و غیرها مما یتضرع العبد إلی بارئه فی دفع ملماته و کشف نوائبه. و یدل ایضا علی ذلک مثل خبر المنجم الذی أتاه (ع) عند مسیره الی أهل النهروان، حیث لم یسأل سلام اللّه علیه- علی ما فی الخبر- عن کون اخباره بما ذکر باعتقاد أن للطالع تأثیرا و أنه کاشف، بل إنما أنکر علیه إخباره البتی بقوله: (و من صدقک بهذا استغنی بقولک عن الاستعانة باللّه).
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۷
....

و بمـا ذکرنـا ظهر أن ما ذکره المصـنف (ره) من أنه لا حرج قطعا علی من حکم قطعا بنزول المطر فی هـذه اللیلـة لا یمکن المساعـدة علیه بإطلاقه. و الحاصل أن هذا القسم من الاخبار داخل فی التنجیم المنکر فی الاخبار، و ان کان المخبر بالحوادث کذلک غیر جازم بها، و مع ذلک أخبر بها جزما یکون اخباره محرما من جهة الکذب ایضا. و لو أخبر بها احتمالا ظنا أو تخمینا مع التزامه بأن الأمور بید اللّه یمحو مـا یشـاء و یثبت و عنـده علم الغیب، لمـا کان به بأس، کما یظهر وجهه بالتأمل فیما ذکرنا. و لیس فی البین خبر معتبر یکون مقتضاه عدم جواز ذلک ایضا، بل فی بعض الاخبار ما یقتضی جوازه.

و یلحق بهـذا القسم مـا إذا اعتقـد بان لأوضاع الکواکب دخلا و تأثیرا فی الحوادث السـفلیة، إلا أنه بنحو الاقتضاء، و بان اللّه مختار لا مغلول الیدین یمحو ما یشاء و یثبت بحیث یمکن التخلف بمثل التضـرع و التوسل و الصدقة و غیرها مما أشیر فی الآیات و الاخبار الی الاهتمام بها. و یظهر هـذا النحو من الاقتضاء من بعض الاخبار کالتی أوردها المصـنف (ره) فی الوجه الثالث من وجوه ربط الحرکات الفلکیة بالکائنات، إلا أنها لضعفها سندا لا تصلح للاعتماد علیها فی القول و الاعتقاد کما لا یخفی.

(لاـ یقـال) یلزم ان یکون اخبـار المنجم عن الأوضـاع الفلکیـة کخبره عن رؤیـة الهلال فی اللیلـة الفلانیـة معتبرا، فان الرجوع الی أهل الخبرة ممـا جری علیه سـیرة العقلاـء من أهـل الملـل و غیرهم (فـإنه یقال): لو سـلم أن المنجم من أهل الخبرة بالإضافـة إلی مثل رؤیة الهلال فلا اعتبار بقوله ایضا، للردع عن السـیرة المشار إلیها فی الاخبار المتعددة و أمرهم علیهم السلام بالصوم للرؤیة و بالإفطار لها، و فی الصـحیحة عن مولانـا أمیر المؤمنین (ع): «لاـ أجیز فی الهلاـل إلاـ شـهادة رجلین» الی غیر ذلـک، بل لم یحرز السیرة علی الاعتناء بإخبـار الثقـة من أهـل الخبرة فی الأـمور التی یمکن لعامـة الناس معرفتها عن حس، بلا حاجـة الی إعمال النظر، کمعرفـة الخسوف أو الکسوف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۳۸

و معلوم من دین الرسول (ص) ضرورة (۱) ثم انه لا فرق فی أکثر العبارات (۲) الظاهر عدم الإشکال فی کون الفرق الثلاث (۳)

و نحوهما کما لا یخفی.

(۱) ای تکـذیب المنجمین فی دعاویهم و الاسـتهانة بهم و نسبتهم الی العجز، و أنهم لا یتمکنون من دفع شـر عن إنسان أو جلب خیر الیه معلوم بالضرورة من الدین، و التکذیب و الاستهانة بهم و التعجیز لهم فی الاخبار لا تحصی.

(۲) ذکر فی هذا الوجه من وجوه اعتقاد الربط خمس فرق.

(الاولی) من أنکر الصانع جل ذکره و یعتقد استقلال تأثیر الحرکات.

(الثانیـة) من التزم بوجود الصـانع جـل ذکره مع تعطیله عن التصـرف فی الحوادث السـفلیة بعـد خلق الأـجرام العلویـة القدیمـة زمانـا و المدبرة لتلک الحوادث.

(الثالثة) من التزم بما ذکر، و لکن تکون الأجرام حادثة عنده زمانا.

(الرابعـة) من اعتقـد بکون الأـجرام العلویـة تـابعه فی حرکاتهـا لإرادة اللّه تعالی، و ان اللّه یفعل ما فی العالم الأسـفل، و تلک الأجرام بحرکاتها کالآلة بالإضافة الی مشیة اللّه.

(الخامسـة) من اعتقـد بما ذکر، غیر أنه یعتقد ان تلک الأجرام فی حرکاتها مختارة باختیار یکون عین اختیاره تعالی. ثم إنه (قده) ذکر فی الوجه الثانی من وجوه الربط أن الأوضاع الفلکیة تفعل الآثار المنسوبة الی اللّه، و اللّه سبحانه هو المؤثر الأعظم.

و لم یظهر فرق بین الربط المذکور فی الوجه الثانی، و بین الفرقتین الرابعة و الخامسة من هذا الوجه، فلاحظ.

(۳) لم یظهر أن مجرد الاعتقـاد بتفویض التـدبیر إلی الأجرام العلویـة موجبا للکفر، سواء قیل بحـدوثها زمانا أو بقـدمها کـذلک، و الا لکـان القائـل باسـتغناء الشـیء فی بقائه عن العلـة محکوما بالکفر، باعتبار عـدم التزامه باسـتناد الحوادث الی اللّه سـبحانه و تعالی. نعم

بطلان تأثير الأجرام العلوية فى الحوادث السفلية من الواضحات، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۳۹

و منه يظهر ان ما رتبه (ع) على تصديق المنجم (۱).

تأثيرها فيها بنحو العلة التامة خلاف الآيات و الروايات الدالة على الترغيب فى الدعاء و التضرع الى اللّه سبحانه فى دفع الملمات و البلايا، و نزول البركات، فان لازم ما ذكر كون اللّه تعالى مغلول اليدين لا يفعل شيئا و لا يفيد الدعاء و التضرع إليه أمرا، و إنكار اضافة الحوادث الى اللّه تعالى مع الالتفات الى وضوحها بحسب الآيات و الروايات يكون موجبا للكفر، باعتبار انتهائه إلى إنكار الكتاب العزيز و على ذلك فالأولى من الفرق الخمس محكومة بالكفر، باعتبار إنكارها الصانع جلت قدرته.

و اما الأربعة الباقية فلا يحكم بكفرها الا مع التفاتها الى أن اعتقادها على خلاف الكتاب و السنة حتى ينتهى ذلك الى إنكار النبوة، كما فى إنكار سائر الأحكام الثابتة فى الشريعة و كيف كان فإن أراد المصنف (ره) بقوله: (إذ الظاهر عدم الإشكال فى كون الفرق الثلاث من أكفر الكفار) الكفر حتى مع عدم الالتفات الى ما ذكر من دلالة الكتاب المجيد على استناد الحوادث الى اللّه سبحانه، فيمكن التأمل فيه بالإضافة إلى الفرقة الثانية و الفرقة الثالثة كما مر.

(۱) أى كما أن ما فى بعض الاخبار من كون المنجم بمنزلة الساحر، و الساحر كالكافر لا- يدل على كفر المنجم بمعناه الحقيقى، كذلك ما رتب فى بعض الروايات على تصديق المنجم. من كون تصديقه تكذيبا للقرآن و استغناء عن اللّه سبحانه لا يقتضى كفر المصدق للمنجم أو كون المنجم كافرا، بل يراد منه إبطال قول المنجم، و أن قوله مخالف للقرآن المجيد الداعى إلى الاستعانة باللّه فى دفع المكاره و جلب الخير، و سائر الأمور.

و بعبارة أخرى كون تصديق المنجم تكذيبا للقرآن من قبيل الاستدلال على بطلان الشيء بإنهائه إلى التالى الباطل و من الظاهر أن الالتزام بشيء مع ترتب باطل عليه و لو كان ذلك التالى تكذيب القرآن أو دلالته لا يوجب الكفر، إلا مع التفات ذلك الملتزم الى الترتب، و التزامه به معه. مثلا إذا أفتى بما يخالف ظاهر القرآن،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۰

[حفظ كتب الضلال حرام فى الجملة]

اشارة

حفظ كتب الضلال حرام فى الجملة (۱).

مع عدم التفاته إلى ان هذا الحكم وارد فيه أو عدم التفاته الى دلالته لا يكون إفتاؤه هذا موجبا لكفره و من هذا القبيل قوله من صدق منجما أو كاهنا فقد كفر بما انزل على محمد، فإنه ليس مدلوله كفر المنجم، بل المراد كذبه و ترتب الباطل على تصديقه، حيث ان الشارع عد المنجم كاذبا، فتصديقه يكون تكذيبا للشارع. و القرينة على أنه لا- يراد ترتب الكفر على مجرد تصديقه، هى عطف الكاهن عليه، حيث أن الكهانة فضلا عن تصديقه لا يوجب كفرا بلا ارتياب.

(۱) المراد بحفظ كتب الضلال ما يعم اقتناءها و استنساخها و استدل (ره) على حرمته بوجوه.

(الأول) حكم العقل يعنى استقلاله بقبح التحفظ على مادة الفساد و الضلال فيحكم بحرمته بقاعدة الملازمة و فيه أن حكم العقل غير مسلم و الا- لاستقل العقل بإزالة كل ما فيه أو منه الفساد، كالهجوم على أهل الكفر و الشرك و محو شوكتهم و معابدهم و كتبهم،

فإنهم و ما معهم منشأ الفساد على الأرض، و لا استقلال للعقل بذلك و وجوب الجهاد حكم شرعى تعبدى لا لحكم العقل بلزوم قهر الناس على الايمان، مع أن الدنيا دار امتحان يكون فيها الخيار بين الهدى و الضلال و الكفر و الايمان.

(الثانى) قوله سبحانه وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ يَتَّخِذَها هُزُواً أُولئِكَ لَهُمْ عَذابٌ مُهِينٌ «۱» و لا يخفى أنه على تقدير كون المراد بالاشتراء ما يعم مطلق الأخذ و الاقتناء، فلا تكون فى الآية دلالة على الحرمة فيما إذا لم يكن غرضه إضلال الناس و ميلهم عن الهداية، كما إذا جعل الكتاب المزبور فى مكتبته حتى يكون فيها من كل باب كتاب.

(الثالث) (قوله سبحانه وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ. «۲» أى الباطل، و فيه أن الأمر بالاجتناب عن قول الزور تركه و عدم إيجاده بان لا يكذب و لا يفترى. و أما إبقاء قول

---

(۱) سورة لقمان (۳۱) الآية: (۶)

(۲) سورة الحج (۲۲) الآية: (۳۰)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۴۱

....

الزور و عدم محوه فيما إذا كان بإيجاد الغير و احداثه فلا ظهور فى الآية بالإضافة الى حكمه و على الجملة القول ظاهره المعنى المصدرى، فيكون النهى عنه نهيا عن إيجاده.

(الرابع) قوله فى تحف العقول: (انما حرم الصناعة التى يجىء منه الفساد محضا) بل قوله قبل ذلك: (ما يقوى به الكفر) و فيه أن رواية تحف العقول لا يمكن الاعتماد بها مع أنها لا تعم ما إذا كانت فى استنساخ كتب الضلال و اقتنائها مصلحة مباحة غير نادرة.

(الخامس) قوله (ع) فى رواية عبد الملك حيث شكا الى الصادق (ع) (انى ابتليت بالنظر الى النجوم، فقال أ تقضى؟ قلت نعم قال أحرق كتبك) و فيه أن المطلوب فى المقام إثبات وجوب محو الكتب المزبورة نفسيا، بأن كان أحد الوظائف الشرعية محو كتب الضلال، فان كان الأمر بالإحراق فى الرواية ظاهرا فى الإيجاب النفسى يتعدى الى المقام، باعتبار أن كتبه لو لم تكن أكثر فسادا من كتب النجوم فلا أقل من مساواتها لها. و أما إذا كان الأمر المزبور ظاهرا فى الإرشاد إلى الخلاص من القضاء المحرم، فلا يمكن فى المقام إلا إثبات الأمر الإرشادى، مع إحراز ترتب الحرام على الحفظ. و لا ريب فى أن ظهور الأمر بالإحراق هو الثانى. و على كل حال فلا يثبت بالرواية مع الإغماض عن سندها وجوب محو كتب الضلال و عدم جواز إبقائها حتى مع الاطمئنان بعدم ترتب الحرام عليها. و الأظهر فى المقام أن يقال بناء على وجوب دفع المنكر كما لو استفدناه من أدلة النهى عن المنكر يتعين فى المقام الالتزام بوجوب محو كتب الضلال التى لا يترتب عليها إلا الإضلال. و أما إذا لم نقل به فيمكن القول بعدم جواز الاستنساخ و الحفظ، فيما إذا كان المترتب عليها الإضلال بآية النهى عن شراء اللهو. و أما وجوب المحو فلا دليل عليه كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۴۲

نعم المصلحة الموهومة (۱) قبل نسخ دينهما (۲)

---

(۱) بمعنى أنه لا يجوز إبقاء كتب الضلال فيما إذا كان ذلك معرضا لترتب الفساد عليها، و لا اثر لاحتمال ترتب مصلحة أقوى على إبقائها، فيما إذا كان الاحتمال موهوما و كذا لا يجوز إبقاؤها فيما إذا كان ترتب الفساد عليها قطعيا و المصلحة المترتبة من قبيل المنفعة النادرة التى لا يتعد بها و أما إذا لم يكن الأمر كذلك، بأن كان ترتب الفساد موهوما أو كانت المصلحة المترتبة أقوى من الفساد أو أقرب احتمالا من ترتب الفساد، ففى جميع ذلك لا دليل على حرمة حفظها كما هو مقتضى الميزان الوارد فى رواية تحف

العقول، و الاستفصال المذكور فى رواية عبد الملك المتقدمة فإنه لو تم الإطلاق فى ناحية مثل قوله سبحانه وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ فلا بد من رفع اليد عنه بدلالة حديث تحف العقول و الرواية، اللهم الا ان يدعى الإجماع على حرمة الإبقاء مطلقا أو يلتزم بإطلاق معقد نفى الخلاف، و مع هذه الدعوى أو الالتزام فلا عبرة بترتب الفساد و عدمه، بل لا بد من تنقيح العنوان الذى وقع مورد الإجماع أو نفى الخلاف، و ان المراد بكتب الضلال فيه الكتب التى تكون مطالبها باطلة و ان لم توجب ضلالا، أو أن المراد بها الكتب التى تكون موجبة للضلال، و ان كانت مطالبها حقة، كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتملة على ظواهر مضلة، و يدعون أن المراد غير ظاهرها.

(أقول) ما ذكره من دعوى الإجماع و استفادته من نفى الخلاف غير صحيح فإن الإجماع لا يحرز إلا فى مسألة تعرض لحكمها معظم الفقهاء أو جميعهم مع اتفاقهم على ذلك الحكم، و نفى الخلاف يكفى فيه اتفاق جماعة قليلة تعرضوا للمسألة فكيف تكون دعوى نفى الخلاف كاشفة عن الإجماع مع ان الإجماع فى المقام محصله لا- قيمة له فضلا عن منقوله، حيث ان الظاهر- و لا- أقل من الاحتمال- كون المدرك فى حكمهم بحرمة الحفظ ما ذكر من حكم العقل الموهوم أو دلالة الآية.

(۲) التقييد بما قبل نسخ دينهما باعتبار أن اليهود و النصارى بعد نسخ دينهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۳

إذ ما من كاغذ الا و له قيمة (۱) و لو كان باطلا فى نفسه خارجا عن المالية (۲)

فى ضلال، باعتقاد هما ببقاء الدين المنسوخ فلا يوجب لهم التحريف فى كتابهما ضلالا آخر.

(۱) اى ان إحراقها إتلاف للكاغذ المفروض استيلاء المسلمين عليه و له قيمة فلا يجوز الإتلاف و كيف كان فيظهر من كلام الشيخ (ره) أن التوراة و الإنجيل من كتب الضلال فيجب تمزيقهما و الانتفاع بكاغذهما و أورد عليه المصنف (ره) بأنه لا دليل على وجوب المحو الا فيما إذا كان موجبا للضلال، و مع عدم إيجابه له، فمع بطلان مطالبه لا يجوز بيعه باعتبار عدم كونه مالا و أما محوه فلا دليل عليه.

(أقول) مجرد بطلان مطالب كتاب لا يوجب خروجه عن المالية شرعا حتى لا يجوز المعاوضة عليه، كما فى الكتب التى تؤلف من مجموع قضايا جعلية لغاية تفريج الهم عن قارئها و مثل هذه يجوز بيعها و شراؤها، لكونها مالا شرعا باعتبار ترتب المصلحة المقصودة المباحة عليها حتى مع عدم إظهار مؤلفها بأن هذه القضايا الواردة فى الكتاب جعلية و سيأتى إن شاء اللّه تعالى أن الموجب لكون المكتوب أو الكلام كاذبا قصد الكاتب أو المتكلم لا اعتقاد المطالع و المسامع.

(۲) يعنى لو كان بعض الكتاب باطلا- و خارجا عن المالية الشرعية و ان لم يكن موجبا للضلال و باعه بعوض، فتبطل المعاوضة بالإضافة الى ذلك البعض.

(أقول) لا يكون بيع كتاب منحلا الى بيوع متعددة بالإضافة إلى أبعاضه خارجا، فان المعيار فى الانحلال و عدمه نظر العرف كما مر، و لذا لو باع كتابا بعنوان أنه الكتاب الفلانى و ظهر مشتملا على بعض الأوراق من ذلك الكتاب يحكم ببطلان البيع رأسا و بالجملة فبما أن البيع فى الفرض لا يصح بالإضافة إلى الكتاب تعين بطلانه على قرار ما تقدم فى بيع الصنم مع كون مادته مالا.

ينبغى فى المقام التعرض لحكم اللحية فنقول ذكر صاحب الحدائق (ره)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۴

[تذييل حلق اللحية]

فى آداب الحمام الظاهر كما استظهره جماعة من الأصحاب كما عرفت تحريم حلق اللحية، لخبر المسخ المروى عن أمير المؤمنين

علیه السلام، فإنه لا یقع الا علی ارتکاب أمر محرم مبالغ فی التحریم انتهی و ربما یقال أن تعبیره (ره) بالظاهر لا بالأظهر فیه إشارة إلی تسالم الأصحاب علی الحکم، و لکن ملاحظة تعبیرات الحدائق فی المسائل کافیة فی الجزم بأن مثل هذا التعبیر منه (ره) لا یشیر الا الی اجتهاده و ذکر صاحب الجواهر (ره) فی باب الإحلال من إحرام الحج بحلق الرأس أنه لیس للنساء حلق، لنهی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله ان تحلق المرأة رأسها فی الإحلال لا مطلقا، فان الظاهر عدم حرمته لها فی غیر المصاب المفضی إلی الجزع، للأصل السالم عن معارضة دلیل معتبر اللهم الا أن تکون الشهرة بین الأصحاب تصلح جابرة لنحو المرسل المزبور بناء علی إرادة الإطلاق فیکون کحلق اللحیة للرجال انتهی.

و حاصل مرامه أنه لا یجوز للمرأة حلق رأسها عند إحلالها من إحرام حج أو غیره و کذا للجزع عند المصیبة، و یجوز فی غیر ذلک و حرمته عند الإحلال لنهی رسول اللّه (ص ع) أن تحلق المرأة رأسها المحمول علی الإحلال و أما جوازه فی سائر الأحوال فلأصالة الحلیة السالمة عن المعارض المعتبر، إلا ان یقال بحرمته علیها مطلقا أخذا بإطلاق هذه المرسلة المنجبر ضعفها بالشهرة علی تقدیر إرادة الإطلاق فیکون حرمته علیها کحرمة حلق اللحیة علی الرجال، و هذا- کما تری- لا یدل علی ثبوت الشهرة علی الحرمة فی حلق الرجل لحیته بل مقتضاه حرمته عند صاحب الجواهر.

و الحاصل أنی لم أظفر علی ما یدل علی الشهرة بین الأصحاب فی حرمة حلق اللحیة و اما ما استدل به علی الحرمة فأمور (منها) قوله سبحانه حکایة عن إبلیس علیه اللعنة وَ لَآمُرَنَّهُمْ فَلَیُغَیِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ «۱» بدعوی ان ما یأمر به إبلیس لا یکون الا فعلا

---

(۱) سورة النساء (۴) الایة (۱۱۹)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۵

....

محرما، و حلق اللحیة من تغییر خلق اللّه، و لکن لا یخفی أن مثل حلق اللحیة لو کان تغییرا لخلق اللّه و محرما باعتبار ذلک لکان شق الطرق فی الجبال، و حفر الابار و زرع الأشجار و غیرها تغییرا لخلقة اللّه تعالی، و الالتزام بحرمتها غیر ممکن و حلیتها بتخصیص الآیة باعتبار کونه من تخصیص الأکثر غیر ممکن، فلا بد من حمل الآیة علی مثل الفطرة المخلوق جمیع الناس علیها علی ما یشیر إلیها قوله سبحانه فِطْرَتَ اللّهِ الَّتِی فَطَرَ النّاسَ عَلَیْها لا تَبْدِیلَ لِخَلْقِ اللّهِ «۱» و المراد من تغییرها إفسادها بجعل النفس مرکزا لطرح الشرور و مولدا لنیات السوء أو علی غیرها مما لا قرینة فی الآیة علی تعیینه.

الثانی أن الروایات الواردة فی حف الشوارب و إعفاء اللحیة کمرسلة الصدوق (ره) قال: (قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله: حفوا الشوارب و أعفوا اللحی و لا تشبهوا بالیهود) «۲» و فی الأخری قال: (قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله ان المجوس جزوا لحاهم و وفروا شواربهم، و أما نحن نجز الشوارب و نعفی اللحی و هی الفطرة) «۳» و فیه أن مثل هذه الروایات حتی مع الإغماض عن أسانیدها لا دلالة لها علی حرمة حلق اللحیة، فإن الحف عبارة عن الجز و القطع، و الإعفاء التوفیر، و من الظاهر أن توفیر اللحیة غیر واجب قطعا، بل الواجب علی تقدیره رؤیة الشعر فی الوجه، فلا بد من حملها علی الاستحباب و المراد بعدم التشبه بالیهود عدم تطویل اللحیة بما هو خارج عن المتعارف أو زائد علی القبضة، کما کان یفعل الیهود علی ما قیل فی روایة حبابة الوالبیة، قالت: «رأیت أمیر المؤمنین علیه السلام فی شرطة الخمیس، و معه درة لها سبابتان یضرب بها بیاع الجری و المارماهی و الزمار، و یقول لهم یا بیاعی مسوخ بنی إسرائیل و جند بنی مروان، فقام إلیه

---

(۱) سورة الروم (۳۰) الایة (۳۰)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۶۷) أبواب آداب الحمام الحديث: (۱).

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۶۷) أبواب آداب الحمام الحديث: (۲).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۶

....

فرات بن أحنف فقال يا أمير المؤمنين و ما جند بنى مروان؟ قال فقال له أقوام حلقوا اللحى و فتلوا الشوارب فمسخوا» «۱» و ظاهرها مع الإغماض عن سندها عدم جواز حلق اللحية مع تفتيل الشوارب لا مطلقا كما لا يخفى.

(الثالث) ما رواه ابن إدريس فى آخر السرائر نقلا عن كتاب الجامع لأحمد بن محمد بن ابى نصر البزنطى صاحب الرضا (ع)، قال: «سألته عن الرجل هل يصلح له ان يأخذ من لحيته؟ قال: أما من عارضيه فلا بأس، و أما من مقدمها فلا» «۲» و لكن ظاهره عدم جواز الأخذ من مقدم اللحية، و هذا لا يمكن الالتزام به، و حمله على جواز حلق العارضين دون مقدم اللحية بلا قرينة غير ممكن، و اسناد ابن إدريس إلى جامع البزنطى غير معروف لنا و لكن رواه ايضا على بن جعفر فى كتابه. و قد ذكرنا أن طريق صاحب الوسائل الى كتابه ينتهى إلى الشيخ (ره) و سند الشيخ (ره) الى الكتاب المزبور صحيح. و فى معتبرة سدير الصيرفى، قال: «رأيت أبا جعفر (ع) يأخذ عارضيه و يبطن لحيته» «۳» و فى دلالتها على الاستحباب أيضا تأمل، لاحتمال كون ذلك من اختياره (ع) أحد أفراد المباح كما لا يخفى.

(الوجه الرابع) أن رواية الجعفريات (حلق اللحية من المثلة، من مثل فعليه لعنة اللّه) و أورد على الاستدلال بها على الحرمة بأن مجرد اللعن على فعل لا يدل على حرمته، و قد ورد اللعن فى ترك بعض المستحبات، مثل قوله (ع):

«ملعون من أخر الصلاة» و أجاب عنه السيد الخوئى طال بقاه- كما فى تقريراته- بأن اللعن على فعل غير الاخبار بكون الشخص ملعونا فإن الاخبار بكونه ملعونا و بعيدا عن اللّه

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۶۷) من أبواب آداب الحمام- الحديث: (۴).

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب (۶۳): من أبواب آداب الحمام، الحديث: (۵).

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب (۶۳): من أبواب آداب الحمام، الحديث: (۴).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۷

....

ربما يكون منشأه ارتكاب المكروهات، و هذا بخلاف إنشاء اللعن على المؤمن، فإنه لا يكون الا مع ارتكابه فعلا محرما و قوله (ع) (و من مثل فعليه لعنة اللّه) من قبيل إنشاء اللعن على فاعل المثلة بخلاف قوله: (ملعون من أخر الصلاة).

و لا يخفى ما فى الاشكال و الجواب، فان اللعن ليس هو البعد مطلقا بل البعد الناشئ عن الطرد و الغضب، و هذا لا يكون إلا مع حرمة الفعل، و لا يفرق فى ذلك بين إنشائه أو الاخبار بكون الفاعل لكذا ملعونا و مطرودا، حيث انه لو لم يكن فعله محرما فلا موجب لطرده و لعنه، و اللعن فى مثل تأخير الصلاة عن وقتها محمول على مثل ما إذا كان التأخير للاستخفاف بها.

ثم ان المعتبر فى تحقق عنوان المثلة أمران. (أحدهما) إيقاع النقص بالغير و (ثانيهما) كون الإيقاع بقصد هتكه و تحقيره، فلا يتحقق العنوان فيما إذا حلق الإنسان لحيته بداعى تجميله أو نحوه، كما هو موضوع البحث. و المستفاد من الرواية أن حلق لحية الغير بقصد هتكه و التنقيص به مثله حكما أو موضوعا.

هذا مع أن رواية الجعفريات لا تكون حجة على الحكم و لا على حرمة المثلة، فإنه لم يثبت ان النسخة المأخوذة منها هذه بعينها كتاب موسى بن إسماعيل بن موسى (ع) و وصل الى سهل بن احمد بن سهل، و منه الى الحسين بن عبيد اللّه بواسطة محمد بن محمد الأشعث.

و مما ذكرنا يظهر أنه لا بأس بقطع عضو الميت الكافر فى العملية المتعارفة فى زماننا، و جعله مكان العضو الفاسد من انسان آخر، كما لا بأس بخرق جسده لغرض الاطلاع على أوضاع الجسد المعبر عن ذلك بالتشريح للطبابة. نعم لا يجوز ذلك بالإضافة إلى أعضاء الميت المسلم باعتبار وجوب دفنها و حرمة هتكه حيا، و ميتا.

و المتحصل فى المقام ان الاخبار الدالة على اعفاء اللحية و تطويله مع ضعف إسنادها لا تصلح للاعتماد عليها و الحكم بوجوب تطويلها، حتى فى فرض تقييد تلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۴۸

[الرشوة حرام]

الرشوة حرام (۱)

الاخبار بما ورد فى بعض الروايات «۱» من تحديد اللحية بالقبضة، بأن يقال الواجب تطويلها الى القبضة، حيث انه مع الإغماض عن سند المقيد لم يعهد من أحد الإفتاء بوجوب تطويلها كذلك، سواء التزم بحرمة تطويلها بعد الحد المزبور كما هو ظاهر بعضها حيث ذكر فيها، و ما زاد عن القبضة ففى النار أو قيل بكراهته و استظهارها من مرسلة يونس عن ابى عبد اللّه (ع) فى قدر اللحية قال: «تقبض بيدك على اللحية و تجز ما فضل» أو من ذيل مرسلة الصدوق المتقدمة من قوله (و لا تشبهوا باليهود) و مع ذلك فلا يمكن الإفتاء بجواز حلق اللحية و عدم وجوب رعاية الاحتياط، و ذلك لأن المرتكز فى أذهان المتشرعة عدم جواز حلقها، و ان كان فى انتهاء هذا الارتكاز الى عصر الشارع المقدس تأمل، لاحتمال حدوثه أخيرا بالرجوع إلى جماعة أفتوا بحرمته و اللّه سبحانه هو العالم و لا يخفى ان حرمة حلق اللحية على تقدير القول بها من جهة الروايات أو دعوى سيرة المتدينين أو ارتكاز الحرمة تكون كسائر المحرمات ساقطة عند الاضطرار أو الإكراه أو المزاحمة بتكليف آخر مساو أو أهم، و لو لم يمكن رعاية التكليف الآخر الأهم بل المساوى إلا مع حلقها جاز.

(۱) و عليه إجماع المسلمين كما فى جامع المقاصد و المسالك و يدل عليه قوله عز من قائل وَ لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ وَ تُدْلُوا بِهٰا إِلَى الْحُكّٰامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوٰالِ النّٰاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ «۲» و ظاهرها عدم جواز إعطاء المال للحكام لغاية أكل أموال الناس، مع العلم بالحال، سواء كان الأكل المزبور غرضا أوليا، أو كان من غاية الغاية، بأن كان الإعطاء لجلب ميل الحاكم و حبه اليه حتى يحكم له و يتعدى الى ما إذا كان الحكم له شرطا فى الإعطاء، أو كان المال عوضا عن ذلك الحكم بالفحوى. نعم لا دلالة فيها على ما إذا كان الإعطاء لغاية الحكم بما هو الواقع، و ما هو على

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱) الباب: (۶۵) من أبواب آداب الحمام- الحديث: (۳)

(۲) سورة البقرة (۲) الاية: (۱۸۸)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۴۹

و فى المستفيضة (۱) و فى رواية الأصبغ بن نباتة (۲) و عن الخصال فى الصحيح (۳) و هذا المعنى هو ظاهر تفسير الرشوة (۴)

قوانين القضاء، بأن لا يميل نفس القاضى إلى خصمه و يذهب بحقه.

(۱) كموثقة سماعة عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «الرشا فى الحكم هو الكفر باللّه» «۱» و كصحيحة عمار بن مروان قال: «سألت أبا جعفر (ع)- الى ان قال (ع)-:

فاما الرشا فى الحكم، فان ذلك هو الكفر باللّه» «۲» و فى صحيحة الأخرى عن ابى- عبد اللّه (ع) «كل شيء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع كثيرة: (منها) ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة، و (منها) أجور القضاة و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ المسكر و الربا بعد البينة. و أما الرشا فى الأحكام يا عمار فهو الكفر باللّه العظيم» «۳» و قوله كل شيء غل من الامام أى أخذ منه خيانة و ظاهر التعبير بالكفر هى الحرمة تكليفا و يستفاد الوضع من عد الرشوة من السحت.

(۲) ضعيفة سندا و الغلول بمعنى السرقة. و الخيانة و الرشوة المذكورة فيها لا تناسب الرشا فى الحكم، حيث أن القضاء لا يكون من شأن الوالى كما لا يخفى.

(۳) هذه هى الصحيحة المتقدمة عن ابى عبد اللّه (ع)، و مدلولها عدم جواز أخذ الأجر على القضا، سواء كان معطيه أحد المتخاصمين أو غيره ممن يهمه قضاؤه، كأخذ الأجرة من الوالى، و كذا عدم جواز أخذ الرشا بلا فرق بين كونه للحكم له باطلا أو للحكم بما هو الواقع أو للحكم له باطلا كان أو حقا، و سواء كان ذلك غرضا و داعيا إلى الإعطاء أو شرطا فيه.

(۴) الاحتمالات فى معنى الرشوة أربعة: (الأول)- ما يعم مقابل الحكم الصحيح، سواء جعل عوضا عن نفس الحكم أو عن مقدماته كالنظر فى أمر المترافعين

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۸) الباب: (۸) من أبواب آداب القاضى- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۵۰

....

و هذا ظاهر القاموس و يساعده ظاهر كلام المحقق الثانى و صريح الحلى، حيث ذكر أنه لا يجوز للقاضى أخذ الرشا مطلقا، أى سواء كان عوضا عن حكمه الصحيح أم لا. نعم لا يحرم على المعطى فيما إذا كان عوضا عن الحكم الصحيح، و يحرم فى غيره.

(الثانى)- ما يعطى للقاضى للحكم له فى الواقعة بالباطل، و بقضاء الجور، كما هو ظاهر مجمع البحرين.

(الثالث)- إعطاء المال لغاية الوصول الى غرضه من الحكم له أو أمر آخر يفعله الغير له كما عن المصباح و النهاية.

(الرابع)- إعطاء المال للقاضى للحكم له حقا أو باطلا. و أما الاحتمال الأول فالظاهر أن عوض الحكم و تعيين الأجر له لا يكون من الرشوة فيما إذا كان ذلك الحكم هو الحكم على موازين باب القضاء، و لذا جعل الرشوة فى الحكم فى صحيحة عمار ابن مروان مقابل أجر القضاة.

(بعبارة أخرى) لا يجوز للقاضى أخذ الجعل و الأجرة على حكمه الصحيح أو على ما هو من مقدماته، كالنظر فى أمر المترافعين إما مطلقا، كما هو الصحيح، و عليه المشهور، بل فى جامع المقاصد دعوى الإجماع عليه، و هو مقتضى كون أجر القضاة سحتا، و إما مع تعين القضاء عليه كما هو ظاهر المصنف (ره) و جمع آخر، و لكن عد الرشا فى الحكم فى مقابل أجر القاضى مقتضاه عدم شمول الرشا له، فلا يجرى عليه سائر أحكام الرشا، ككون إعطائه حراما تكليفا، بل يكفى فى عدم جريانها فيه الشك فى كونه داخلا فى

معنی الرشا کما لا یخفی. و کـذا لا یمکن المساعدة علی الاحتمال الثانی، فإنه لا ینحصـر به الرشوة، بل یعم معناها ما إذا کان الغرض من الإعطاء هو الحکم له، سواء کان حقا أم باطلا. و أما إعطاء المال فی غیر موارد القضاء ففی کونه رشوة حکما أو موضوعا فسیأتی التعرض له. و الصحیح فی معناها هو الاحتمال الرابع،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵۱

....

و هو إعطاء المال للحکم له مطلقا حقا أو باطلا.

ثم ان المعدود من السـحت- فی صـحیحة الخصال و هو أجر القضاة بظاهره- یعم ما إذا کان العوض لنفس الحکم أو علی مقدماته. و الالتزام- بان المحرم هو العوض لنفس الحکم- لا وجه له، فإنه فرق بین کون السحت هو الأجر علی القضاء أو أجر القضاة، فالمناسب للالـتزام المزبور هو الأول. و المـذکور فی الصـحیحة هو الثانی الشامل له و للآخر علی ما هو شؤون القضاء، کالنظر فی أمر المترافعین أو غیره من مقـدماته. نعم فی البین روایـة یوسف بن جابر قال: «قال أبو جعفر (ع): لعن رسول اللّه (ص) من نظر الی فرج امرأة لا تحل له، و رجلا خان أخاه فی امرأته، و رجلا احتاج الناس الیه لتفقهه فسألهم الرشوة» «۱».

و ربمـا یسـتظهر منها حرمـة أخـذ الأجرة فی خصوص صورة تعین القضاء، حیث ان حمل الاحتیاج فیها علی الحاجـة الی نوعه خلاف ظاهرهـا، بـل ظاهرهـا الاحتیـاج الی الشـخص، و لکن لاـ یخفی ما فی الاسـتظهار، لان صـدق الحاجـة فی مورد یکون الرجوع فیه الی الشـخص من التخییر فی الرجوع بین المجتهـدین ظاهر، بل علی تقـدیر تسـلیم الظهور فلا تصـلح- لضـعف سـندها- لرفع الیـد بها عن إطلاق الصـحیحة المعدود فیها أجر القضاة من السـحت کما مر. نعم حملها علی سؤال الرشا للحکم للراشـی حقا کان أو باطلا خلاف ظاهرها. و ظاهرها سؤال الأجر علی فقهه و قضائه و إطلاق الرشوة علیه للتأکید فی حرمته.

و ربما یسـتدل علی عـدم جواز أخـذ الأجرة علی القضاء بصـحیحة عبد اللّه بن سـنان قال: «سـئل أبو عبد اللّه (ع) عن قاض بین قریتین یأخذ من السلطان علی القضاء الرزق؟

فقال: ذلک السحت» «۲» و أورد علیه المصنف (ره) بأن الروایة غیر ناظرة إلی أخذ

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۸) الباب (۸) من أبواب آداب القاضی حدیث: (۵)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۸): الباب (۸) من أبواب آداب القاضی- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵۲

خلافا لظاهر المقنعة (۱)

العوض و الأجر، بل ظاهرها ارتزاق القاضـی من السلطان، فلا بد من حملها علی صورة عدم کونه أهلا للقضاء بقرینة کونه منصوبا من قبل السـلطان الجائر، و الا فلا مناص من ارتزاق القاضی من بیت مال المسلمین، سواء أخذه من السلطان العادل أو الجائر و فیه ان ذکر قیـد علی القضاء فی الروایـة قرینة علی کون المراد بالرزق هو الأجر علی الحکم، و إلا کان ذکر القید لغوا، و لا حاجة ایضا الی حمل کونه من غیر بیت المال کما ذکر المصنف (ره) فی آخر کلامه.

(۱) ثم إن فی أخـذ الأـجر علی القضـاء بالحق قولین آخرین: (أحـدهما) الجواز مطلقا کما هو ظاهر المقنعـة و المحکی عن القاضـی، باعتبار ان القضاء عمل محترم، فیصح أخذ المال علیه، کما هو مقتضـی مثل قوله سـبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» المعبر عنه بالأصل و روایة حمزة بن حمران قال: «سـمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: من استأکل بعلمه افتقر، قلت ان فی شیعتک قوما یتحملون علومکم و یبثونها فی

شيعتكم، فلا يعـدمون منهم البر و الصـلة و الإكرام، فقال ليس أولئك بمسـتأكلين، إنما ذاك الـذى يفتى بغير علم و لا هدى ليبطل به الحقوق طمعا فى الدنيا» «۲» و لكنها لضـعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، بل لا دلالهٔ فيها على جواز أخذ الأجر على القضاء بالحق و الإفتاء به، و غايهٔ مدلولها حصر المستأكل بعلمه فى من يفتى بغير علم و يبطل حقوق الآخرين لغايهٔ وصوله الى مال الدنيا و حطامها، فلاـ يكون من يفتى بعلم و لاـ يبطـل حقوق الآـخرين مسـتأكلا بعلمه بالصـلهٔ و بالبر و الإكرام لهم و أما أخـذهم الأجر على قضائهم و افتائهم جائز أم لا، فلا دلالهٔ لها على ذلك و على تقدير الإطلاق فى جواز الاستيكال فتقيد بمثل صـحيحهٔ عمار بن مروان المتقدمهٔ، و أما العمومات الدالهٔ على نفوذ العقد أو صحته فلا يمكن الأخذ بها فى مقابل الخصوصات الواردهٔ

---

(۱) سورهٔ المائدهٔ (۵) الايهٔ: (۱)

(۲) وسائل الشيعهٔ: الجزء (۱۸) الباب: (۸) من أبواب آداب القاضى- الحديث: (۱۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۵۳

للغايهٔ أو للعاقبهٔ (۱) و فصل فى المختلف (۲)

فى المقام فلاحظ.

(۱) بطلاـن الحق و ذهـابه على صـاحبه يترتب على القضـاء بغير علم و لا هـدى، و يكون البطلان غايـهٔ له، كما أنه يترتب على اعـداد الشـخص نفسه للقضاء بغير علم بطور العاقبـهٔ، حيث ان عاقبـهٔ هـذا الاعداد ذهاب الحقوق من أربابها، فاللام فى قوله ليبطل به الحقوق إما للغايـهٔ كما إذا كان متعلقا بقوله يفتى المراد به الإفتاء فعلا، أو للعاقبهٔ كما إذا كان متعلقا به بمعنى اعداد نفسه للإفتاء، و على الأول تكون الروايهٔ دالهٔ على حرمهٔ الإفتاء بغير علم و أخذ المال عليه، و على الثانى تدل على حرمهٔ إعداد نفسه للإفتاء، بداعى أخذ المال مع عدم عرفانه الحق و موازين الإفتاء و القضاء.

(۲) و هذا ثانى القولين الآخرين، و حاصـله عدم جواز أخذ الأجرهٔ على القضاء مع تعينه أو عدم فقره و جواز أخذها مع حاجهٔ القاضى و عـدم تعين القضاء عليه اما عـدم جواز أخـذها مع تعين القضاء عليه فباعتبار عـدم جواز أخـذ الأجرهٔ على الواجبات، و اما اعتبار فقره فيسـتظهر من روايتى يوسف و عمار، و لعل وجه الاسـتظهار أن المذكور فى روايهٔ عمار أجر القضاهٔ، و من الظاهر ان القضاهٔ فى ذلك الزمان كانوا من المرتزقـهٔ من بيت مال المسـلمين و منصوبين من قبل من كان يدعى أن له ولايهٔ على المسلمين، و لم يكن لهم حاجهٔ الى أخذ المال من المترافعين كما ان المذكور فى روايهٔ يوسف من يكون مرجعا للناس فى فقهه، و يبعد فرض الحاجهٔ فى مثله.

و لكن لا يخفى ما فيه، فان الحكم الوارد فى الصـحيحهٔ لا يختص بالقضاهٔ المنصوبين فى ذلك الزمان ليقال بعدم الحاجهٔ لهم و حاجهٔ النـاس الى شـخص لفقهه لا تلازم غناه، خصوصا فيما إذا كان الناس المراجعون إليه جماعـهٔ من الفقراء فتحصل من جميع ما ذكرنا ان الأظهر بحسب الروايات عدم جواز أخذ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۵۴

و اما الهديهٔ (۱) و هل يحرم الرشوهٔ فى غير الحكم (۲)

الجعـل و الأجر على القضاء أو ما هو من شـئونه بلا فرق بين حاجـهٔ القاضـى و عـدمها و تعين القضاء عليه و عـدمه و يتعـدى الى أخذ الجعل و الأجر على الإفتاء و بيان الأحكام الشرعيهٔ الكليهٔ باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما فى ذلك.

(۱) قـد ذكرنا دلالـهٔ الآيـهٔ المبارکـهٔ على عـدم جواز إعطاء المال للحكام و القضاهٔ لغايهٔ أكل أموال الناس، بلا فرق بين ان يكون هذا الأكل غرضا أوليا أو كان الغرض الاولى جلب مودهٔ الحاكم و محبته اليه حتى يحكم له، و كما أن الإعطاء على المعطى و الأخـذ على

الحاکم فی الأول حرام و سحت، کذلک فی الفرض الثانی، حیث ان النهی- عن إیصال المال الی الحاکم وسیلة إلی أکل أموال الناس فی الآیة المبارکة- یناسب التحریم فیهما، کما أن الروایات- الدالة علی کون الرشا کفرا باللّه و علی عدم صیرورة الرشوة ملکا للحاکم کما هو ظاهر السحت- تعمهما و علی ذلک فالهدیة إی ما یهبه الشخص للقاضی لغایة جلب مودة القاضی إلیه حتی توجب الحکم له حقا أو باطلا داخلة فی عنوان الرشوة، فلا یجوز للمعطی الإعطاء و لا للقاضی أخذها و لو نوقش فی شمول معناها لها، فلا ریب فی أنها لاحقة بها حکما من حیث الإعطاء و عدم صیرورتها ملکا للقاضی، باعتبار عدم احتمال الفرق بینهما فی هذه الجهة. و اما ما استشهد به المصنف (ره) من الروایات فهی لا ترتبط بالهدیة المعطاة للقاضی کما لا یخفی.

(۲) المال المعطی للغیر کالاعطاء لإصلاح أمره عند الأمیر أو قضاء حاجة له عنده له صور ثلاث: (الأولی)- إعطاؤه للأمر المحرم (الثانیة)- إعطاؤه لإصلاح أمره حلالا أو حراما (الثالثة)- لإصلاح أمره حلالا. و ذکر المصنف (ره) أن المال فی الصورتین الأولتین لا یصیر ملکا للأخذ، لکونه من اکله بالباطل، و لکن لیس فساده فیهما لأجل الرشا حتی یحرم الإعطاء و الأخذ تکلیفا أیضا، لأنه لیس فی البین ما یدل علی حرمة الرشا مطلقا إلا بعض ما ینصرف الی الرشا فی الأحکام. و أما الصورة الثالثة فلا بأس بها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۵

....

وضعا و تکلیفا کما هو مقتضی مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و یدل علیه ایضا ما ورد فی الرجل یبذل الرشوة لیتحرک الآخر من منزله حتی یسکن فیه المعطی. و المراد المنزل المشترک کالمدرسة و السوق، و کذا تدل علیه روایة الصیرفی، قال: «سمعت أبا الحسن (ع) و سأله حفص الأعور، فقال: عمال السلطان یشترون منا القرب و الادواة. فیوکلون الوکیل حتی یستوفیه منا، فنرشوه حتی لا یظلمنا، فقال، لا بأس بما تصلح به مالک، ثم سکت ساعة، ثم قال: إذا أنت رشوته یأخذ منک أقل من الشرط، قلت: نعم، قال فسدت رشوتک» «۱».

أقول لعل المراد بنفی البأس فی هذه الروایة بیان عدم حرمة الإعطاء علی المعطی، حیث أنه یدفع بالإعطاء إلی الوکیل ظلمه عن أمواله، و لکن ما یأخذه الوکیل علی ارتداعه عن ظلمه أکل للمال بالباطل فلا یجوز. و علی الجملة ان مضمون الروایة غیر مربوط بالصور الثلاث.

(لا- یقال): إذا کان متعلق الإجارة عملا یتحقق حلالا و حراما، فما الوجه فی کون الإجارة باطلة، و لا تدخل الأجرة فی ملک الأجیر کما هو ظاهر المصنف (ره) (فإنه یقال) إذا کان متعلق الإجارة عملا یتحقق حلالا و حراما، فلا بد من تقیید مورد الإجارة فی عقدها بتحققه حلالا- لئلا- یکون الأمر بالوفاء بها منافیا لما دل علی حرمة العمل، و یعمه وجوب الوفاء بها علی کل تقدیر، و مع إطلاق الإجارة فضلا عن التصریح بالإطلاق لا یمکن أن یعمها، کما هو المقرر فی البحث عن اجتماع الأمر و النهی. و لو استأجره علی غسل ثیابه فغسلها فی إناء مغصوب بماء مغصوب لم یستحق اجرة، بل یحکم بانحلال الإجارة بانتفاء موردها، کما إذا آجره لقلع سنه فوقع السن، و هذا إذا تعلقت الإجارة بالغسل المباح، و الا کانت باطلة من الأول. و علی تقدیر البطلان ففی صورة العمل مباحا یستحق اجرة المثل لتضمن الإجارة الاذن فی

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب (۳۷) من أبواب أحکام العقود حدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۶

و یلحق بها المعاملة المشتملة علی المحابات (۱)

العمل الموجب للضمان. و على تقدير العمل حراما فلا يستحق شيئا، فإن أخذ المال في مقابل الحرام أكل له بالباطل. و أوضح من ذلك ما إذا استأجره للجامع بين قراءة القرآن أو الغناء، فعلى تقدير قراءة القرآن يستحق اجرة المثل لقاعدة الضمان المستفاد من الأمر بالعمل و الاذن فيه، و على تقدير التغني لا يستحق شيئا. و لا يخفى أنه إذا أجريا العقد على عمل يحكم بصحته و تعلقه بالفرد الحلال حملا لفعلهما على الصحيح و هذا غير ما ذكرنا مما يعلم فيه تعلق قصدهما بالفعل حلالا و حراما.

(لا ـ يقال) كما إذا ورد الأمر بفعل في خطاب مطلقا و ورد النهي عن بعض أفراده في خطاب آخر يكون الجمع بين الخطابين بتقييد متعلق الأمر و الالتزام بتعين الإتيان به في ضمن فرده الحلال، كذلك فيما كانت الإجارة على العمل مطلقا، فإنه يكون الجمع بين الأمر بالوفاء بالعقود و بين النهي عن بعض الافراد هو الالتزام بتعين الوفاء بها في ضمن الفرد الحلال (فإنه يقال) لا تنحل الإجارة بالإضافة إلى متعلقها حلالا ـ أو حراما إلى إجارتين، ليقال بشمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لإحداهما دون الأخرى، بل هي عقد واحد لا يمكن ان يعمه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فلاحظ.

(۱) أي يلحق بالرشوة المعاملة المشتملة على المحاباة، و هو تنزيل الثمن عن القيمة السوقية و جعله أقل منها و قد ذكر المصنف (ره) للمعاملة كذلك مع القاضي صورا ثلاث.

(الاولى)- عدم تعلق غرض البائع بأصل البيع، بل يكون غرضه الأصلي هو حكم القاضي له باطلا أو مطلقا حقا أو باطلا، بحيث لو لا ذلك لم يقدم على بيع ماله أصلا.

(الثانية)- ان يكون له في أصل البيع غرض و يكون تقليل الثمن للقاضي بغرض حكمه له باطلا أو مطلقا، بحيث لو لا ذلك كان يبيع المال، و لكن بلا تقليل الثمن.

(الثالثة) ان يكون غرضه من البيع كذلك جلب ميل القاضي و حبه اليه حتى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۵۷

كالجعل و الأجرة (۱)

يحكم له، و المعاملة في جميع الصور محرمة تكليفا، و لكن ربما يقال أنها محكومة بالصحة على الإطلاق أي سواء قيل بفساد الشرط أو لا، ففي الصورة الثالثة باعتبار عدم الشرط فيها على القاضي و في الصورتين الأولتين بناء على عدم تقسيط الثمن على الشرط، و أن المعاملة المحاباتية فيهما ترجع الى بيع الشيء للقاضي بثمن معين مع الاشتراط عليه بالحكم للبائع، و هذا الشرط فاسد، لان العمل به بل اشتراطه كفر باللّه العظيم، و لكن بطلان الشرط بناء على عدم تقسيط الثمن عليه لا يضر بتمام البيع المزبور، و بناء على التقسيط يحكم بالبطلان بالإضافة إلى الشرط، نظير ما إذا باع الخل و الخمر بصفقة واحدة.

(أقول) الأظهر الحكم بالبطلان في جميع الصور، فإن الرشوة في الحكم هو المال المعطى للقاضي للحكم له، بحيث لا يعطى المال لو علم بعدم الحكم له، بلا فرق بين إعطائه ذلك المال مجانا أو مع جعل عوض له. و ما تقدم- من اعتبار كون الإعطاء مقابل الحكم له باطلا ـ أو مطلقا- يراد به الأعم من جعل الحكم له شرطا أو عوضا أو داعيا إلى الإعطاء. و بما أن إعطاء المبيع في الصور الثلاث للقاضي بداعي الحكم له أو باشتراطه عليه، فيدخل في عنوان الرشوة في الحكم و يكون سحتا، بل إذا باعه من القاضي بثمن المثل، و لكن كان البيع بداعي الحكم له، بحيث لو لا ـ حكمه له أمسك على متاعه و لم يبعه لا ـ منه و لا من غيره، كما يتفق ذلك في بعض أزمنة عزة وجود المبيع كان المبيع محرما و سحتا.

(۱) كما في المال المجعول عوضا للحكم له بنحو الجعالة، و الثاني كما إذا كان عوضا له في الإجارة، ثم ان ضمان اليد فيما إذا كان المال جعلا أو أجرا على الحكم واضح، و كذا ما إذا كان الحكم له شرطا في إعطائه بأن يكون الإعطاء المزبور من الهبة المشروطة، حيث أن المال في صورة الاشتراط، و أن لا يكون عوضا عن الحكم، إلا أن المدرك لضمان تلف المال في اليد و هي السيرة الجارية

من العقلاء تعم موردها،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۸

فی اختلاف الدافع و القابض (۱)

کما یعمه حدیث علی الید ما أخذت، و لکنه لضعفه سندا لا یصلح إلا للتأیید. و أما إذا کان الحکم له داعیا الی تملیک المال بلا أخذه عوضا أو شرطا، یکون التملیک المزبور من الهبة الفاسدة مجانا، فلا ضمان فیها کما لا ضمان فی صحیحها.

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۱، ص: ۱۵۸

ثم إن رضا صاحب المال بتصرف القاضی فی الرشوة أو فی الجعل و الأجرة لا یوجب جواز التصرف له، لان رضا صاحبه بعنوان الرشوة، و هذا العنوان لا یوجب جواز أکل المال و لا جواز التصرف، و لم یرض المالک بالتصرف فیه بعنوان آخر کما هو الفرض.

(۱) تعرض (ره) لصور ثلاث من الصور المفروضة فی المقام: (الاولی)- أن یکون اتفاقهما علی تملیک المال بعنوان الهبة، و اختلافهما فی دعوی الدافع بأنها کانت بداعی الحکم له، فباعتبار کونها رشوة فاسدة، و دعوی الآخذ أنها کانت بداع آخر یکون الدفع معه لازما، کقصد التقرب فیه، و فی مثل هذا یقدم قول مدعی الصحة. و لا مجال لاحتمال الضمان، فإنه لا ضمان فی الهبة صحیحة کانت أم فاسدة. نعم بناء علی ما قیل من الضمان فی الرشوة مطلقا فمقتضی قاعدة الید و لو کان ثبوته، إلا أن أصالة الصحة فی الهبة تنفی موضوع الضمان، باعتبار إثباتها التسلیط الذی لا یکون فیه ضمان.

(الثانیة)- ما إذا لم یتفقا علی نوع التملیک، کما إذا کانت دعوی الدافع أنها بعنوان الأجرة علی الحکم، و الآخذ کانت دعواه الهبة الصحیحة، و فی مثل ذلک لا مجال لأصالة الصحة، لأنها مختصة بما إذا کان الاتفاق علی نوع خاص من المعاملة.

و الخلاف فی صحتها و فسادها، بل الأصل فی الفرض عدم تحقق الناقل أی الهبة الصحیحة فیجوز للدافع أخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه، لأصالة الضمان، فان الموضوع له تلف مال الغیر فی یده مع عدم تسلیطه مجانا، و بضم الوجدان إلی أصالة عدم التسلیط کما ذکر یتم موضوع الضمان، و أصالة عدم دفعه بعنوان الأجرة لا تکون مثبتة للهبة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۹

[سب المؤمنین حرام]

سب المؤمنین حرام (۱)

المجانیة، و لا اثر آخر فی البین لها کما لا یخفی.

(الثالثة) ما إذا کان اتفاقهما علی فساد التملیک، و دعوی الدافع أنه کان بنحو یوجب الضمان، و القابض نحوا آخر لا یوجبه، کما إذا کانت دعوی الدافع کونها أجرة علی الحکم أو رشوة، بناء علی الضمان فی تلف الرشوة، و دعوی القابض أنها هدیة فاسدة، و تکون ثمرة خلافهما بعد تلف المال، فإنه قبله یکون للدافع أخذها، لاتفاقهما علی فساد التملیک، و مقتضی ما ذکرنا فی الصورة الثانیة هو الضمان فی الفرض، کما هو مقتضی ضم الأصل إلی الوجدان.

(۱) لاـ يخفى أن الإذلال يكون بالتعدى على عرض الغير و كرامته، فيكون ظلما. و أما الإيذاء فهو أمر آخر، و ربما يكون فى مورد السب، كما إذا اطلع عليه المسبوب، و كان الساب قاصدا إدخال الأذى عليه و لو بعلمه ببلوغ السب اليه، فيتأثر به، و هذا محرم آخر يكون الساب معه مستحقا لعقابين، لحرمة كل من الظلم و الإيذاء. و أما إذا لم يلتفت الى اطلاع المسبوب على سبه، يكون عقابه على سبه الذى هو مرتبة من الظلم و العدوان.

و يستدل على حرمته من الكتاب بقوله عز من قائل وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ «۱» بدعوى أن قول الزور هو الكلام القبيح. و من أظهر أفراده سب المؤمن، و فيه أن الزور ظاهره الباطل، فيكون قول الزور هو الكلام الباطل، و اتصافه بالبطلان يكون باعتبار معناه لا محالة، فينطبق على الكذب و ما هو متضمن له. و أما الإنشاءات التى لا تتضمن الاخبار الكاذبة فلا يكون فيها بطلان، كما إذا قال- بمسمع من الناس لإنسان غير حاذق (يا حمار) فان الكلام المزبور باعتبار كونه هدرا لكرامة ذلك الإنسان و تنقيصا له سب، و لكن لا يكون من الباطل، نظير ما إذا قال للشجاع أنه أسد، فإنه مع فرض كونه شجاعا لا يكون من الباطل، و قوله سبحانه

---

(۱) سورة (الحج)- الاية (۳۰)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۰

ففى رواية أبى بصير (۱) و فى رواية أبى بصير (۲) و فى رواية ابن الحجاج (۳)

لا يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ «۱».

و فيه أن الظاهر- و لا أقل من الاحتمال- أن يكون قوله سبحانه مِنَ الْقَوْلِ بيانا للجهر بالسوء لا للسوء، و المراد أنه عند ارتكاب انسان سوءا يكون إظهاره جهرا بالسوء، سواء كان المظهر بالكسر هو المرتكب أم غيره، و ان اللّه لاـ يحب هذا الإظهار و الجهر إلاـ من المظلوم، فإنه يجوز له التظلم، و إظهار ما فعله الغير فى حقه من السوء، و هذا لا يرتبط بالسب أصلا. و على ذلك فارتكاب الشخص للحرام معصية، و إظهار ارتكابه الناس معصية أخرى.

(۱) سندها معتبر، فإن الكلينى رواها عن العدة عن احمد بن محمد عن الحسين ابن سعيد عن فضالة بن أيوب عن عبد اللّه بن بكير عن ابى بصير عن ابى جعفر (ع)، و سند رواية السكونى على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى «۲» و فى بعض النسخ كالشرف على الهلكة، و عليه يكون السباب مصدرا، كما فى رواية أبى بصير.

و أما على نسخة كالمشرف فالسباب صيغة مبالغة.

(۲) رواها أيضا فى الباب المزبور، و سندها معتبر، و لكن لا دلالة فيها على خصوص سب المؤمن، بل ظاهرها النهى عن السب مطلقا، باعتبار أن السب كسب لعداوة الناس، و المناسب للعاقبة كون النهى إرشاديا.

(۳) سندها معتبر و الرواية على ما فى الوسائل، و النسخة الموجودة عندى من الكافى (فى الرجلين يتسابان، قال البادى منهما أظلم، و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم) و ذكر (ره) أن معنى كونه أظلم أن مثل وزر صاحبه عليه.

و فيه أنه ربما لا يكون على صاحبه وزر و عقاب أصلا، كما إذا كان سبه ثانيا

---

(۱) سورة النساء (۴) الاية: (۱۴۸)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۸) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (۴- ۱).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۱

و ثالث ان تصف الشخص بما هو إزراء و نقص (۱) فالنسبة بينه و بين الغيبة عموم من وجه (۲)

دفاعا عن عرضه و كرامته و جزاء على البادى بمثل ما اعتدى عليه، فان السب كذلك جائز كما هو مقتضى آية الاعتداء «۱» و التعبير- فى الرواية عن البادى بالأظلم- لا يدل على أن الآخر أيضا ظالم، فإنه يمكن كونه أظلم بالإضافة إلى الساب الذى لا يوجب سبه إيقاع الغير فى الجواب، أو كان التعبير به لمجرد كون سبه موجبا للعقاب عليه مطلقا، بخلاف سب الآخر، فإنه قد لا يوجب عقابا. و يشير الى ذلك- التعبير عنه بالمظلوم نعم تقييد الوزر فى الرواية، بما إذا لم يعتذر الى الآخر لا يمكن الأخذ بظاهره، فان الاعتذار- الى المظلوم عن سبه و إيقاعه إياه فى السب- لا يوجب ارتفاع الوزر، بل ارتفاعه موقوف على التوبة، إلا أن يكون الداعى إلى اعتذاره توبته.

(۱) الإزراء هو ذكر العيب، و لم يظهر الفرق بين هذا و ما ذكره فى جامع المقاصد، ليجعل هذا فى مقابل ذاك.

(۲) أى ان النسبة بين قصد الإهانة و الغيبة عموم من وجه (أقول): سيأتى ان شاء اللّه تعالى أن الغيبة- على ما هو مقتضى الروايات- ذكر الشخص و إظهار سوئه و عيبه الذى ستر اللّه عليه، فلا تعم ما إذا ذكره بعيوبه الظاهرة، كما إذا ذكر زيدا و أراد رفع الإبهام عنه فوصفه بالأعمى، فإن مثل هذا الذكر إذا لم يكن بقصد التنقيص و التحقير لا بأس به. نعم إذا كان بقصدهما كان محرما من جهة حرمة الإهانة و السب، و إذا أظهر عيبه المستور بلا قصد الإهانة كان غيبة، و يجتمعان فيما إذا كان إظهاره للإهانة.

ثم إن حرمة السب أى سب المؤمن للتحفظ على كرامته، فلا يكون حراما فيما إذا لم يكن للمسبوب كرامة و احترام، كالمتجاهر بالفسق على ما سيأتى فى الغيبة، فإن مقتضى جواز اغتيابه جواز سبه. و أما وجوبه من جهة الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فمشروط بشروطه المذكورة فى ذلك الباب، و يلحق بالمتجاهر بالفسق

---

(۱) سورة البقرة (۲) الاية: (۱۹۴)

و يمكن ان يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر (۱)

المبدع، بل الجواز فيه اولى. و يكفى أيضا فى ذلك مثل صحيحة داود بن سرهان عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «قال رسول اللّه (ص): إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى، فأظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقيعة، و باهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم، يكتب اللّه لكم بذلك الحسنات، و يرفع لكم به الدرجات فى الآخرة» «۱».

(۱) يجوز للسيد ضرب عبده للتأديب، و فحواه جواز سبه تأديبا. و أما فى غير ذلك المقام، فمقتضى موثقة أبى بصير المتقدمة عدم الجواز، و كذا الحال بالإضافة إلى الوالد و ولده، فإنه يجوز له سبه تأديبا، كما يجوز له ضربه لذلك، و أما فى غير مقام التأديب فلا، إلا إذا لم يعد الكلام المزبور من المولى أو الأب سبا و اهانة، كما إذا تكلم به حبا لولده، فيكون نظير ما إذا قال للزوجة ما يستقبح ذكره للغير فى عدم كونه هدرا للكرامة، و التمسك- فى جواز سب الوالد ولده مطلقا، حتى فيما إذا لم يكن للتأديب، بقوله (ص): (أنت و مالك لأبيك)- لا يخفى ما فيه، فان الولد لا يحكم شرعا بأنه مملوك والده، نظير ملك العبد أو الحيوان للمولى، و المالك ليجرى على الولد ما يجرى على مال الوالد، و لذا لو لم يكن للوالد حاجة لما جاز له الأخذ من مال ولده بلا رضاه، و كذا لا يجوز ترتيب سائر أحكام الملك، و الحكم الوارد فى الرواية أخلاقى ذكره (ص) لئلا يتصدى الابن لمخاصمة أبيه فى المحاكم الشرعية لأجل ماله، بل على تقدير كونه مالا لوالده كالعبد بالإضافة إلى مولاه، فلا يثبت جواز ضربه مطلقا كما لم يثبت ذلك فى العبد. و أما المعلم و المتعلم، فلا يجوز للأول سب الثانى فى مورد الهتك و التنقيص، كما لا يجوز ذلك فى مورد الإيذاء و تأثر المتعلم.

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۱) الباب: (۳۹) من أبواب الأمر و النهی و ما یناسبهما- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۶۳

[فی السحر و حکمه]

و کان آخر عهده بربه (۱) هو ما لطف مأخذه و دق (۲)

و (بعبارة أخری) کما لا یجوز للمعلم سبه مع التفاته الی أن سبه نقص للمتعلم فی أنظار الناس، کذلک لا یجوز له مع التفاته الی ان سبه موجب لتأثره. و توهم جوازه بالسیرة الموهومة ضعیف. نعم یجوز للمعلم سب الولد الصغیر إذا کان ذلک تأدیبا، مع فرض کونه مأذونا فی تأدیبه عن ولیه.

(۱) أی أن اللّه یبرأ منه بعد تعلمه السحر و الروایة «۱» سندها معتبر و مثلها الأخری.

(۲) المراد باللطیف و الدقیق هو الخفی أی ان السحر هو ما یکون سببه و مأخذه خفیا. و هذا کتعریف الزرافة مثلا بأنه حیوان شرح اسمی، و بیان للمعنی بالوجه العام، و إلا لصح إطلاق السحر علی کل ما یکون سببه خفیا کالرؤیا الصادقة التی لا نعرف منشأها.

ثم إن هذا التعریف لا ینافی أن یکون للسحر حقیقة، کما عن بعض، بخلاف التفاسیر المذکورة عن أهل اللغة بعد هذا التعریف، فان مقتضاها عدم ثبوت الحقیقة له، کما عن بعض آخر، منهم المحقق الإیروانی. و یستدل علیه بقوله سبحانه فی قضیة سحرة فرعون فَإِذا حِبالُهُمْ وَ عِصِیُّهُمْ یُخَیَّلُ إِلَیْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّها تَسْعی «۲» و قوله فَلَمّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْیُنَ النّاسِ وَ اسْتَرْهَبُوهُمْ «۳» و بما أن السحر أمر خیالی لا حقیقة له، فعبر سبحانه عن السحر بالکید فی قوله فَتَوَلّی فِرْعَوْنُ فَجَمَعَ کَیْدَهُ نعم لا یلتفت الغیر غالبا الی فعل الساحر، و أنه أمر خیالی، فیرتب علیه أثر الواقع، فیرکض بعد خیاله أن فی أطرافه نارا تحرقه بالمکث، و یفترق عن زوجته بعد تخیله أنها عدوته الاولی و الأخیرة، و هکذا.

و لکن لا یخفی انه لا دلالة فی الآیة علی أن السحر علی الإطلاق أمر خیالی،

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۸) الباب: (۳) من أبواب بقیة الحدود- الحدیث: (۲)

(۲) سورة طه (۲۰) الایة: (۶۶)

(۳) سورة الأعراف (۶) الایة: (۱۱۶) سورة طه (۲۰) الایة (۶۰)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۶۴

أو رقیة (۱) یؤثر فی بدن المسحور (۲) و فی محکی الدروس أن المعتبر فی السحر الإضرار (۳)

بل الحل و العقد یکونان بالسحر، و یبعد کونهما بالخیال. هذا مع ما ورد فی سحر بعض الناس علی النبی (ص) و الالتزام- بالتخیل بالإضافة إلی الرسول الأکرم- کما تری.

(لا- یقال) ما الفرق بین السحر و بین المعجزة، بناء علی القول بان للسحر حقیقة و لو فی الجملة (فإنه یقال) یکون فی المورد الذی للسحر حقیقة تحقق الشیء بالسبب، و لکن السبب خفی لا یدرکه عامة الناس، و هذا بخلاف المعجزة، فإنه یکون فیها تحقق الشیء بلا سبب عادی کالإرادة، کما یفصح عن ذلک الکتاب المجید إِذْ قالَ اللّهُ یا عِیسَی ابْنَ مَرْیَمَ اذْکُرْ نِعْمَتِی عَلَیْکَ وَ عَلی والِدَتِکَ إِذْ أَیَّدْتُکَ بِرُوحِ الْقُدُسِ تُکَلِّمُ النّاسَ فِی الْمَهْدِ وَ کَهْلًا وَ إِذْ عَلَّمْتُکَ الْکِتابَ وَ الْحِکْمَةَ وَ التَّوْراةَ وَ الْإِنْجِیلَ وَ إِذْ تَخْلُقُ مِنَ الطِّینِ کَهَیْئَةِ

الطَّيْرِ بِإِذْنِی فَتَنْفُخُ فِيهٰا فَتَكُونُ طَيْراً بِإِذْنِی وَ تُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ بِإِذْنِی وَ إِذْ تُخْرِجُ الْمَوْتىٰ بِإِذْنِی «۱» و المراد بالاذن هو التكوينی أی إعطاء السلطنة نظير قوله سبحانه مٰا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهٰا قٰائِمَةً عَلىٰ أُصُولِهٰا فَبِإِذْنِ اللّٰهِ «۲» حيث لا معنى للإباحة و الترخيص الشرعی فی مثل المقام. و علی الجملة فالأفعال المنسوبة إلی عيسی علی نبينا و آله و عليه الصلاة و السلام، نظير الأفعال المنسوبة إلينا صادرة منه كصدورها منا، غاية الأمر السلطنة عليها بإرادة اللّه و مشيته علی ما ذكرنا تفصيل ذلک فی بحث الطلب و الإرادة.

(۱) المراد بها العوذة كالتی تعلق علی الرقبة أو يشد علی اليد أو غيرها للوقاية من الإغماء و الصداع أو غيرهما من العاهات.

(۲) قيد لجميع ما تقدم من قوله كلام يتكلم به.

(۳) و هل يعتبر فی تحقق عنوان السحر أو حرمته الإضرار بالنفس أو بالغير

---

(۱) سورة المائدة (۵) الاية: (۱۱۰)

(۲) سورة الحشر (۵۹) الاية: (۵)

إرشاد الطالب إلی التعليق علی المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۵

....

أو لا يعتبر، و أنه حرام مطلقا؟ ظاهر الآية الواردة فی قضية هاروت و ماروت أنه كان الحرام هو المضر فقط، مع كون النافع ايضا سحرا، و لكن لا دلالة فيها علی بقاء النافع علی الجواز فی غير ذلک الزمان و الروايات الواردة فی حرمة السحر بعضها مطلقة تعم المضر و غيره كموثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أن عليا (ع) كان يقول: «من تعلم شيئا من السحر كان آخر عهده بربه و حده القتل) إلا ان يتوب» «۱» و ليس فی البين ما يوجب رفع اليد عن إطلاقها. و مرسلة إبراهيم بن هاشم و ان كانت ظاهرة فی جواز النافع، لكن إرسالها مانع عن الاعتماد عليها فإنه روی علی بن إبراهيم عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين قال: «دخل عيسی بن ثقفی علی ابی عبد اللّه (ع)، و كان ساحرا يأتيه الناس و يأخذ علی ذلک الأجر، فقال له: جعلت فداک انا رجل كانت صناعتی السحر و كنت آخذ عليه الأجر و كان معاشی، و قد حججت منه و من اللّه علی بلقائک، و قد تبت الی اللّه عز و جل، فهل لی فی شیء من ذلک مخرج؟ فقال أبو عبد اللّه (ع) حل و لا تعقد» «۲» و الصحيح أن يقال: العمل الذی أحرز أنه سحر يحكم بحرمة تعليمه و تعلمه و عمله، سواء كان ضارا أم لا أخذا بإطلاق مثل موثقة إسحاق بن عمار. و أما ما لم يحرز كونه سحرا كالتسخيرات و العزائم فإن كان مضرا، بحيث يكون ذلک الإضرار محرما، سواء كان بالنفس أم بالغير، فلا يجوز مع خوفه، و إلا فلا يمكن الحكم بحرمته، لعدم إحراز عموم السحر له: و مجرد ذكر العزائم أو التسخيرات فی بعض الكلمات من أقسام السحر لا يثبته، خصوصا بملاحظة أنه عد ايضا منها النميمة. و دعوی الشخص بأنه يعلم علم الكيميا لجلب قلوب الناس اليه.

و رواية الاحتجاج الحاكية لقصة زنديق لا تزيد علی الرواية المرسلة، و ذلک للجهل بطريق الطبرسی كما لا يخفی. و ما فی كلام بعض الأصحاب- من جواز دفع

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۳) من أبواب بقية الحدود حديث: ۲.

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: ۲۵ من أبواب ما يكتسب به حديث: ۱.

إرشاد الطالب إلی التعليق علی المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۶

ثم ان الشهيدين عدا من السحر (۱)

السحر بالسحر حتی نسب الی الصدوق (ره) من أن توبة الساحر أن یحل و لا یعقد- لا یخلو عن تأمل. نعم مرسلة إبراهیم بن هاشم ظاهرة بإطلاقها فی جواز إبطال السحر و الحل و لو بالسحر، و لکنها کما ذکرنا لا یمکن الاعتماد علیها، و لکن لا بأس بتعلم السحر و العمل به لإبطال مثل الدعوی من المدعی للنبوة، و نحوه ممن یکون غرضه إفساد عقائد الناس بالسحر أو غیره، بل لا یبعد وجوب ذلک کفائیا.

ثم إن ظاهر بعض الروایات کروایة السکونی جواز قتل الساحر حتی فیما إذا لم یکن مستحلا له، قال جعفر بن محمد علیهما السلام فیها: «قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله ساحر المسلمین یقتل و ساحر الکفار لا یقتل» «۱» و مثلها إطلاق غیرها کموثقة إسحاق ابن عمار المتقدمة، و حملها- علی صورة الاستحلال کما هو ظاهر جمع- لا یمکن المساعدة علیه. نعم توبته توجب سقوط حد القتل، کما ذکر فی الموثقة، و بها یرفع الید عن إطلاق غیرها، و لا بعد فی جواز قتله، بل وجوبه تحفظا علی مصالح المسلمین لیکونوا علی أمن من کیده. و دعوی أن السحرة فی عصر الأئمة علیهم السلام کانوا غالبا من الکفار و یعتقدون تأثیر الکواکب و الأجرام العلویة لا یخفی ما فیها، مع أن روایة السکونی دالة علی قتل خصوص الساحر من المسلمین، فکیف تحمل علی صورة کونه کافرا.

(۱) أی ان الشهیدین جعلا تسخیر الملائکة و الشیاطین و الأجنة و إحضارهم من أقسام السحر و یکون استخدام الملائکة و الشیاطین و تسخیرهم فی مثل کشف الغائبات و علاج المصاب، کما یکون إحضارهم لغایة الکشف عن الغائبات بتلبیسهم ببدن صبی أو امرأة و بعبارة أخری تسلیطهم علی بدنهما بحیث یکون تکلم الصبی أو المرأة بتلقین الملائکة و الشیاطین.

---

(۱) الکافی: الجزء (۷) باب حد الساحر: الحدیث (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶۷

و الظاهر ان المسحور فیما ذکراه (۱) و قال فی الإیضاح انه استحداث الخوارق (۲) و اما ما کان علی سبیل الاستعانة (۳) روی الصدوق فی الفقیه فی باب عقاب المرأة (۴)

---

(۱) کأن مراده بیان أن التسخیر أو الإحضار یکون من السحر حتی بناء علی أخذ الإضرار فی تحقق عنوان السحر، و ذلک فان المعتبر فی السحر الإضرار بالمسحور و المسحور فی التسخیرات و الاحضارات هی الملائکة و الجن و الشیاطین، و الإضرار بهم یحصل بتسخیرهم و تعجیزهم عن المخالفة و الجائهم إلی الخدمة و الطاعة.

(۲) ای ان السحر هو إیجاد ما یعد خرقا للعادة، و یکون إیجاده بمجرد تأثیر نفس الساحر أو باستعانة الساحر بالفلکیات بدعوتهم، و یسمی بدعوة الکواکب أو بتمزیج الساحر القوی السماویة بالقوی الأرضیة، کان یلاحظ أن الکوکب الفلانی فی أی برج و یعمل فی ذلک الزمان فی الصفر أو غیره من الفلزات عملا یوجب حدوث ذلک الخارق للعادة و یسمی بالطلسمات أو یستعین الساحر بالأرواح الساذجة فی إیجاد ذلک الأمر، و استعانته یکون باستخدامهم و یدخل فیه النیرنجات (أقول:) لعل المراد بالنیرنجات تسخیر الشیاطین و الأجنة و لکن فسرها فی الدروس بدعوة الکواکب و الطلسمات، و یبقی علی الإیضاح بیان الفرق بین المعجزة و القسم الأول من السحر.

(۳) المراد أن ما یحدث بالاستعانة بخواص الأجسام السفلیة فقط، کما فی الاثرات الحادثة من تناول الأدویة من المبلدة و غیرها، فإنه لا یسمی سحرا، کما لا یسمی به ما یحدث بالاستعانة بالنسب الریاضیة، کما إذا جعل قطعة حدید بحیث یرفع بها ثقیلا، و یسمی بعلم الحیل و جر الأثقال.

(۴) الروایة لا تخلو عن المناقشة لوقوع النوفلی فی سندها، بل لو کانت فی أعلی مراتب الصحة لکانت ایضا مطروحة، باعتبار مخالفتها للکتاب العزیز، فان ظاهرها عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۸

و يدخل فى ذلك تسخير الحيوانات (۱)

[الشعبذة حرام]

الشعبذة حرام (۲)

[الغش حرام]

الغش حرام (۳) فعن النبى (۴) قوله (ره) و فى رواية العيون بأسانيد (۵) و فى عقاب الأعمال (۶) و فى مرسلة هشام عن ابى عبد اللّه (۷)

قبول توبة الساحر، و من المقطوع به أن السحر ليس بأعظم من الكبائر و من الارتداد مع قبول التوبة من المرتد و مرتكبها. و دعوى عدم فرض التوبة فى الرواية يدفعها قوله: (فصامت المرأة نهارها، و قامت ليلها، و حلقت رأسها و لبست المسوخ) حيث أن ظهوره فى التوبة غير قابل للإنكار.

(۱) لم يظهر كون مجرد التسخير سحرا، و عليه فلا بأس به حتى فيما إذا كان ذلك إضرارا بالحيوان، فإن إضراره لا يزيد على ضرب الحيوان و الركوب أو حمل الثقل عليه كما لا يخفى، بل لا دليل على حرمة الإضرار بالأجنة فضلا عن الشياطين.

(۲) فيه تأمل بل منع، حيث لا دليل على حرمة مطلق اللهو، بل دخول الشعبذة فى اللهو ممنوع ايضا، و الشعبذة إيجاد الشىء بأسبابه العادية، و لكن بما أن الإيجاد سريع تكون السرعة موجبة لتخيل وجوده بلا سبب عادى.

(۳) الغش بالفتح مصدر و بالكسر اسم.

(۴) كما فى صحيحة هشام بن سالم «۱».

(۵) تعرض لتلك الأسانيد فى الوسائل فى باب إسباغ الوضوء و هى ثلاثة طرق عن الرضا (ع) كلها ضعاف لما فيها عدة مجاهيل فراجعها.

(۶) تعرض لسنده فى الوسائل فى باب استحباب عيادة المريض و فيه ايضا مجاهيل.

(۷) بل مرسلة عبيس بن هشام و رواها الشيخ عن عبيس عن ابى عبد اللّه (ع) و الظاهر انه ايضا اشتباه، فان عبيس- على ما ذكر- تاريخ وفاته سنة (۲۲۰) و تاريخ

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۸۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۹

و فيه غش جملة ابتدائية (۱) ثم إن ظاهر الاخبار (۲)

وفاة ابى عبد اللّه (ع) سنة (۱۴۸) مع أن الشيخ (ره) عد الرجل فى فهرسته ممن لم يرو عن الامام (ع).

(۱) اى ان الدينار لا يباع بشىء، و يتعين أن تكون جملة فيه غش ابتدائية موضع التعليل، و يحتمل رجوع الضمير فى لا يباع إلى سائر

الأـموال. و المراد بشیء هو الـدینار و فیه غش (وصف للشیء) أی لا یباع أموال الناس بشیء مغشوش. و لکن الظاهر هو الأول، لأن إرجـاع الضـمیر الی غیر المـذکور فی الکلاـم مع وجود ما یصـلح له فی الکلام خلاف الظاهر، و لیس المراد من البیع بناء علی الجملة الابتدائیة هو الاشتراء لیقال أنه ایضا خلاف الظاهر، بل المراد البیع و تعلقه بالدراهم- کما فی بیع الصرف- متعارف.

(۲) فرق (قدس سره) أولا بین الغش فی مثل مزج اللبن بالماء، و مزج الدهن الجید بالردیء، و وضع الحریر فی المکان البارد لکسب الثقـل، ممـا یکون العیب و النقص فیه خفیـا لا یعرف غالبا، إلا من قبل بایعه، و بین النقص الـذی لا یخفی علی من یلاحظ المبیع و لا یتسامح فی التعرف علی حاله، کما فی مثل خلط الحنطة الجیدة بالردیئة. و ذکر أن مثل هذا الخلط جائز کما یشـهد له صحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن الطعام یخلط بعضه ببعض، و بعضه أجود من بعض؟

قال: إذا رؤیا جمیعا فلا بأس ما لم یغط الجیـد الردیء» «۱» و مثلها صـحیحة الحلبی الثانیـة عن ابی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن الرجل یکون عنده لونان من طعام واحد سعرهما بشیء، و أحدهما أجود من الآخر فیخلطهما جمیعا، ثم یبیعهما بسعر واحد؟

فقال: لا یصلح له أن یغش المسلمین حتی یبینه» «۲».

و ظاهرهما و إن کان جواز الخلط، و لکن عدم بیان ذلک للمشتری الغافل

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۹) من أبواب أحکام العیوب- الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۹) من أبواب أحکام العیوب- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۷۰

....

غش محرم، فیجب الاعلام به. و یستفاد ذلک من روایة سعد الإسکاف «۱» فإن النقص فی موردها و ان کان یظهر بملاحظة المبیع و عـدم التسامـح فی معرفته، إلاـ ان عـدم الإظهار عـد فیها غشا. و یمکن حمل هـذه الروایات الظاهرة فی الغش بالنقص غیر الخفی علی صورة کونه بفعـل البـائع، بقصـد تلبیس الأـمر علی المشتری، فلاـ یجب علیه الإعلام إلا فی هـذه الصورة. و أما إذا کان بـداع آخر أو بفعل شخص آخر، کما إذا اشتری طعاما مختلطا من الجید و الردیء، و أراد بیعه من آخر ثانیا، فلا یجب علیه الاعلام. و أما المخفی و ان کـانت الحرمـة فیه ایضـا ببیع المغشوش مع جهـل المشتری بالحـال، إلا أنه لا فرق فیه بین کون الغش بفعله أو بفعل آخر أو لغرض آخر، ففی جمیع ذلک یجب الاعلام.

ثم إنه (ره) ساوی بین النقصین، و ذکر أنه لا یجب علیه الإعلام إلا فی مورد قصد التلبیس. و أما ما هو ملتبس فی نفسه فلا یجب. نعم لا یجوز إظهار سلامة المبیع و عدم وجود النقص فیه، بلا فرق فی ذلک ایضا بین النقص الخفی و غیره، فالعبرة فی حرمة الغش بقصد التلبیس علی المشتری. و قال (ره): (ان فی التفصـیل الوارد فی صـحیحة الحلبی الأولی شهادة لذلک) قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجـل یشتری طعامـا، فیکون أحسن له و أنفق ان یبله، من غیر أن یلتمس زیـادته، فقـال: إن کـان بیعـا لا یصـلحه إلا ذلک و لا ینفقه غیره، من غیر أن یلتمس فیه زیـادة، فلاـ بـأس، و إن کـان انما یغش به المسـلمین، فلا یصـلح» «۲» فـإنه سـلام اللّه علیه جوز بل الطعام بـدون الاعلام مع عدم قصد الزیادة، لأن الروایة لو کانت ناظرة إلی صورة الإعلام لم یکن وجه للتفصـیل فی الجواب بین قصد الزیادة و عدمه، فإنه مع الاعلام یجوز البل مطلقا.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۸۶) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۸)

(۲) و رواها فی الوسائل الجزء (۱۲) الباب: (۹) من أبواب أحکام العیوب- حدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۱

ثم إن فى جامع المقاصد ذكر فى الغش بما يخفى (۱)

(أقول): لم يظهر من صحيحة الحلبى جواز السكوت، فيما إذا كان فى المبيع ما لا يعرف إلا من قبل البائع، و لو لم يكن ذلك بفعله كحيوان أكل ما يوجب موته، بل يكون ترك الاعلام فى بيعه غشا، فيعمه ما دل على حرمة الغش.

(لا يقال) النقص فى المبيع إذا كان من قبيل العيب فعلى البائع الإعلام به مطلقا سواء كان العيب خفيا أم لا، لان بيعه بالتزام الصحة مع علمه بالعيب يعد غشا، كما لو صرح بأنه يبيعه على شرط الصحة، و الحيوان الذى أكل ما يوجب موته من بيع المعيوب على شرط السلامة، (فإنه يقال): الموجب لصدق الغش عدم إعلام البائع بالعيب مع علمه به، حتى فيما لو تبرأ من عيوب المبيع، حيث يعد بيع الحيوان المزبور غشا، حتى مع التبرى منها، و إلا فليس الالتزام بالصحة إخبارا عنها ليقال ان الالتزام بها مع العلم بالعيب غش، بل معناه جعل الخيار للمشترى على تقدير العيب، كما سيأتى فى بحث الخيارات ان شاء اللّه تعالى.

نعم إذا كان النقص مما يعرفه الناظر فى المبيع، فلا يجب إعلام المشترى بالحال إلا فيما إذا كان فعله بقصد التلبيس، لعدم صدق الغش على ترك الاعلام، حيث إن الغش بمعناه المصدرى ضد النصيحة لا ترك النصيحة مطلقا ليتحقق بمجرد ترك الاعلام. نعم إذا أظهر ما يكون إغراء أو موجبا لوقوع الآخر فى خلاف الواقع كان ذلك غشا فى المعاملة.

(۱) يقع الكلام فى حكم المعاملة، فنقول: الغش أما بإخفاء الأدنى فى الأعلى، كمزج الجيد بالردىء، أو بإخفاء غير المراد فى المراد، و نعنى بالمراد ما ينطبق عليه عنوان المبيع، و من غيره ما لا ينطبق عليه، أو بإظهار الصفة الجيدة فى المبيع مع عدمها واقعا، و يعبر عنه بالتدليس، أو بإظهار ما لا ينطبق عليه عنوان المبيع بصورة ما ينطبق عليه، كمبيع المموه و ما يكون مصبوغا بماء الذهب بعنوان أنه ذهب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۲

و ما ذكر من وجهى الصحة و الفساد (۱)

ثم إن الغش و ان كان محرما، لكن النهى عنه لا يقتضى فساد المعاملة فيما إذا لم يخرج المغشوش بالغش عن عنوان المبيع، كما فى مزج الماء باللبن، مع استهلاك الماء باعتبار قلته، فيكون البيع صحيحا، غاية الأمر يثبت للمشترى خيار العيب مع جهله بالحال، و نظيره ما إذا كثر التراب فى الحنطة، فإن كثرة التراب فيها لا يخرج المبيع عن عنوان الحنطة، بل تعد معيوبة. و ما ذكره المصنف (ره) فى الفرق بين المثالين لا يرجع الى محصل، و إذا خرج المبيع بالغش عن عنوان المبيع، بحيث لم يصدق ذلك العنوان على الموجود، كما فى بيع المموه كان البيع باطلا باعتبار أن عنوان المبيع يكون بنظر العرف مقوما للبيع، و مع فقده لا يكون بيع، و هذا بخلاف ما إذا صدق عليه عنوانه، و لكن خرج بالغش عن الوصف الملحوظ فيه، فإنه مع فقد الوصف يكون المورد تارة من تخلف الوصف المشترط، و من تخلف الداعى أخرى و إذا لم يستهلك غير المراد فى المراد، بان كان الموجود هو المبيع و غيره، فيتبعض البيع، و يكون بالإضافة إلى المراد صحيحا، كما إذا خلط دهن النبات بدهن الحيوان بلا استهلاك أحدهما فى الآخر، و باعه بعنوان دهن الحيوان و بالإضافة إلى غيره باطلا باعتبار عدم القصد الى بيعه.

(۱) أى أن ما ذكر فى جامع المقاصد- فى وجه الصحة فى بيع اللبن الممزوج بالماء و فى وجه فساده- يجرى فى سائر موارد عيب المبيع، فيتردد أمر البيع فيها بين الصحة و الفساد، حيث أن المبيع فيها أيضا عين متمول. و هذا وجه الصحة و كون المقصود فيها هو الصحيح، كإرادة البصير فى بيع العبد، و هو غير متحقق و هذا وجه الفساد، مع انه لا ينبغى الريب فى أن العيب فى المبيع لا يوجب بطلان البيع، بل يثبت معه خيار العيب، و ذلك فإن أوصاف الصحة- حتى فى مثل شوب اللبن بالماء- ليست مقومة للمبيع عرفا. و

یتعلق البیع بالموجود الخارجی بعنوان أنه یطلق علیه اللبن، و یکون خلوصه شرطا، بمعنی أنه یثبت للآخر الخیار علی تقدیر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۳

و اما وجه تشبیه مسألة الاقتداء (۱) ثم انه قد یستدل علی الفساد (۲)

شوبه. و علیه، فلا یکون فی البین وجه لبطلان البیع.

نعم إذا کان العنوان مقوما للمبیع، کما إذا کان مثل عنوان الفرس و باع الحیوان بعنوانه، فبان حمارا حکم ببطلان البیع، لان قصد البیع یتعلق بعنوان الفرس، و لذا قالوا فی بیع الصرف أنه لو ظهر أحد العوضین معیبا، و لکن من غیر الجنس المذکور فی العقد بطل البیع.

(۱) و اما الصلاة فی مسألة الاقتداء فمحکومة بالصحة، حتی فیما إذا کان ناویا لأحد الشخصین بنحو التقیید، حیث أن الفرادی لا تنقص عن صلاة الجماعة إلا ـ فی القراءة الساقطة حال العذر، کما هو مقتضی حدیث لا تعاد و المفروض ان ترکها کان لتوهم أنه مأموم. نعم لو کان المراد من التفصیل بین التقیید و غیره هو الحکم ببطلان الجماعة فی الأول لا فی الثانی، فهو صحیح، و لکن لا یساعد علی ذلک ظاهر کلماتهم.

(۲) قد تقدم ان المعاملة- بلحاظ النهی عن غش المؤمن فیها لا ـ تفسد و قد ذکر فی محله ان النهی عن معاملة تکلیفا لا یقتضی فسادها، و لم یرد فی خطاب- النهی عن بیع المغشوش بهذا العنوان لیقال بظهور النهی فی فساده، علی ما ذکرنا سابقا من کون الفساد هو الظهور الاولی للنهی عن المعاملة. و أما النهی عن بیع الدرهم المغشوش فی مرسلة موسی بن بکر «۱» فمحمول علی صورة عدم المالیة، و کون بیع الدرهم من التمویه فی الجنس، بقرینة الأمر بإلقائه فی البالوعة، فإنه لو کان مالا کما إذا کان الغش فی سکتة فقط، لکان الإلقاء المزبور تبذیرا خصوصا بعد کسره.

بقی فی المقام أمران: (الأول)- أن ما ذکر الشهید (ره) من التردد فی صحة بیع هذا بعنوان الفرس فبان حمارا، و أنه یبتنی علی تقدیم الإشارة- علی العنوان

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب (۸۶) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۴

[الغناء]

الغناء لا خلاف فی حرمته فی الجملة (۱)

فهو ایضا غیر صحیح، فان مثل عنوان الفرس من العناوین المقومة للمبیع، فیکون مقدما علی الإشارة بلا ریب، حیث ان البیع یتعلق بالعین الخارجیة بما انه ینطبق علیها ذلک العنوان و یقصد المشتری شراء الفرس و البائع یرید بیعه. و اسناد البیع الی المشار الیه باعتبار اعتقادهما أنه فرس و هذا بخلاف مسألة الاقتداء، فإنه یمکن فیها ان یقصد المأموم الاقتداء بزید، و إشارته إلی الحاضر باعتبار اعتقاده انه زید، و هذا معنی تقدیم الوصف، و یمکن ان یقصد الاقتداء بالحاضر زیدا کان أو غیره، و لکن توصیفه بزید باعتبار اعتقاده أن الحاضر فعلا هو لا عمرو، کما هو تقدیم الإشارة و بما ان القصد من الأمور الوجدانیة، و لا یمکن فیها الشک حال حصولها، فیمکن للمأموم حصول التردد بعد فراغه عن العمل.

(الثانی) ذکر المحقق الإیروانی رحمة اللّه علیه أن الذی یظهر لی من الاخبار أن الغش بعنوانه لا یکون محرما، بل هو محرم بعنوان

الكـذب. و فيه أنه لم يعلم وجه هـذا الظهور، سواء كان الغش فى المعاملات أو غيرها، بعـد ما ذكرنا من أن أخذ عنوان- موضوعا فى خطاب الشرع، و ان احتمل كونه مشيرا الى عنوان آخر- يكون هو الموضوع واقعا إلا ان هذا خلاف ظاهر الخطاب، فان مقتضى أصالة تطابق مقـام الإثبـات مع مقام الثبوت أن يكون الموضوع فى خطاب هو الموضوع للحكم واقعا، بل القرينـة- فى المقام على أن الغش بعنوانه موضوع للحكم لاـ بعنوان الكـذب- ظـاهرة، حيث أن الأحكام المتقدمـة من التكليف و الوضع تترتب، حتى فيما إذا كان غش البائع مثلا بعنوان التورية لا الكذب، و لذا يتعدد العقاب فى فرض الغش بالكذب فلاحظ و تدبر.

(۱) لا خلاف فى حرمة الغناء فى الجملة و يستدل عليه بالروايات المستفيضة الواردة «۱» فى تفسير قول الزور من قوله سبحانه وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ و الواردة

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب (۹۹) من أبواب ما يكتسب به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۵

....

فى تفسير لهو الحديث، من قوله سبحانه وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ و الواردة فى تفسير الزور من قوله سبحانه وَ الَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ و ذكر المصنف (ره) بما حاصله أن المطلوب فى المقام إثبات حرمة الغناء بمعناه الظاهر المتعارف الـذى هو عبارة عن كيفيـة الصوت الـذى يكون بها مطربا. و ما ورد فى تفسير قول الزور لا يدل على حرمة ذلك حيث أن تطبيق قول الزور على الغنـاء قرينـة على كون المراد به الكلام الباطـل لا الكيفيـة فى الصوت مطلقا و يؤيـد كون المراد بالغناء فيها هو الكلام الباطل، صحيحة حماد بن عثمان عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن قول الزور؟ قال منه قول الرجل للذى يغنى أحسنت» «۱» فإن قوله أحسـنت باعتبار تضـمنه مدح الفاعل على فعله الحرام باطل، اللّهمّ إلا ان يقال: أن قول الزور فى قوله سبحانه عام يعم الباطل فى معناه أو فى جهـة قراءته و لعله لـذلك عـده تأييـدا. نعم فى مرسلة الصدوق، قال: (سأل رجل على بن الحسين عليهما السلام عن شراء جاريـة لهـا صوت، فقـال: مـا عليك لو اشتريتها، فـذكرتك الجنـة بقراءة القرآن و الزهـد و الفضائل التى ليست بغناء و أما الغناء فمحظور» «۲» فان التعبير- عن الكلام الصحيح و الفضائل الحقـة بعدم الغناء- دليل على كون المراد بالغناء و لو فى بعض اسـتعمالاته هو الكلام الباطل، و كذا ناقش (ره) فى ما ورد فى تفسير لهو الحديث، بناء على كون اضافة اللهو الى الحديث من إضافة الصفة إلى موصوفها، حيث ان كون الحديث لهوا عبارة أخرى عن بطلان معناه نعم لو كانت إضافته إليه من اضافة المظروف الى ظرفه المعبر عن ذلك فى علم الأدب بكون الإضافة بمعنى (فى) فيعم الغناء فى الكلام الصحيح، بل اجرى (ره) المناقشة فيما ورد فى تفسير الزور فى قوله سبحانه وَ الَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ و ذكر أن

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب (۹۹) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (۲۱)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۱۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۶

و فيها ابن فضال (۱)

المدح فيه لمن لا يحضر مجالس التغنى يعنى الأباطيل من الكلام.

أقول لم يظهر وجه صحيح للخدشـة فيما ورد فى تفسـير الزور، فإنه لا قرينـة فى البين على ان تطبيق الامام (ع) عنوان الزور على الغناء

باعتبار الكلام، كما كانت فى الوارد فى تفسير الآية الاولى بل الثانية أيضا. و بعبارة أخرى صحيحة أبى الصباح عن ابى عبد اللّه (ع) «۱» دالة على كون الغناء بنفسه زورا و باطلا، و ظاهر الغناء هى الكيفية فى الكلام الحق أو الباطل. و ما ذكر (ره) ايضا من دلالة المرسلة على استعمال الغناء فى الكلام الباطل ضعيف، لاحتمال ان يكون قوله فيها و التى ليست بغناء راجعة إلى القراءة لا قيدا للفضائل نعم مجرد المدح على الحضور فى مجلس اللهو و الباطل المستفاد من قوله سبحانه وَ الَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ لا يكفى فى الحكم بالحرمة كما لا يخفى.

(۱) كأن مراده أن وجود بنى فضال فى سند الرواية كاف فى اعتبارها للأمر بالأخذ برواياتهم و قد روى محمد ابن الحسن فى كتاب الغيبة عن ابى الحسين التمام عن عبد اللّه الكوفى خادم الحسين بن روح عن الحسين بن روح عن ابى محمد الحسن ابن على (ع)، أنه «سئل عن كتب بنى فضال؟ فقال: خذوا ما رووا و ذروا ما رأوا» «۲» و فيه أنه لا سبيل لنا إلى إحراز أن رواية عبد الأعلى مروية عن كتب بنى فضال، بل على تقديره ايضا لا يكون الرواية معتبرة، فإن الأمر بالعمل برواياتهم إرشاد الى أن مجرد فساد اعتقادهم لا يوجب طرح رواياتهم بان لا- يصح الاعتماد على رواية يكون أحد منهم فى سندها لا- أن وجودهم فى سند رواية يكون تمام الموضوع لاعتبارها، بحيث لا تضر جهالة باقى رواتها حتى مع كون بعضهم كذابا و جعالا. و لذا لا يصح عند معارضة رواية

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۹۹) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۸) الباب: (۱۱) من أبواب صفات القاضى- الحديث (۱۳).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۷۷

مما يصف (۱) و رواية يونس (۲)

صحيحة مع رواية أخرى فى سندها منهم طرح الصحيحة و الأخذ بالرواية بدعوى أنه مقتضى الأمر بالأخذ بكتبهم. هذا مع أن الأمر بالأخذ غير ثابت، و منشأه الرواية التى نقلناها كما لا يخفى. نعم دلالة الرواية- و ظهورها فى كون الغناء المحرم عبارة عن الكيفية فى الصوت- واضحة، فإن الكلام الذى يزعم فيه ترخيص رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله ليس من الباطل من جهة المعنى، و لعل وجه الاستشهاد بالآية كون المحكى عن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله هو تجويزه القول المزبور مطلقا بان يقال عنده صلى اللّه عليه و آله ايضا. و هذا نوع من اتخاذه صلى اللّه عليه و آله اللهو أو أن حكاية تجويز القول المزبور عنه صلى اللّه عليه و آله كانت افتراء عليه (ص) نظير افتراء الكفار على اللّه سبحانه من أخذه تعالى مريم و ابنها صاحبة و ولدا، فيعم الحاكين لترخيصه ما ذكر فى حق هؤلاء الكفار من الويل.

ثم ان الظاهر كون الرواية موثقة، لأن عبد الأعلى هو ابن أعين و قد وثقه المفيد فى رسالته الإعدادية، كما يعمه التوثيق العام من على بن إبراهيم، حيث روى فى تفسيره عنه. و وجه كونه فى هذه الرواية هو ابن أعين رواية يونس بن يعقوب الذى روى بعض الروايات الأخر عنه بعنوان ابن أعين فلاحظ.

(۱) يعنى مما يذكر و يحكى، و قوله- رجل بدل عن فلان و لم يحضر المجلس- وصف للرجل، أى ويل للذى لم يحضر مجلس رسول اللّه (ص) و لم يسمع ترخيصه من حكايته عنه (ص).

(۲) لا يخفى أنه ليس فى الرواية تعيين المراد من الغناء، و قد طبق عليه فيها عنوان الباطل، نظير الرواية الواردة فى تفسير قوله سبحانه (وَ الَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ) و على المصنف (ره) بعد إشكاله- فى دلالة ما ورد فى تفسيره و استظهاره أن المراد به الكلام الباطل- بيان الفرق بينها و بين رواية يونس، و وجه قبوله دلالة هذه على حرمة الكيفية للصوت، سواء كانت فى كلام باطل أو صحيح. و على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۷۸

و رواية محمد بن ابى عباد (۱) و فى رواية الأعمش (۲) و قوله عليه السلام قد سئل عن الجارية (۳)

كل فالرواية لا بأس بالاعتماد عليها، فإنها مروية فى قرب الاسناد عن الريان بن صلت عن الرضا (ع) بل و هذه هى العمدة فى الحكم بحرمة الغناء، و إلا فما ذكره المصنف (ره)- من اشعار الروايات المتقدمة بأن المحرم هو عنوان اللهو و الباطل و ان كان ذلك فى كيفية الصوت- لا يمكن المساعدة عليه، فان الاعتبار بالظهور لا بالاشعار، مع أن لازم ما ذكر كون مطلق اللهو و الباطل محرما حتى ما لم يكن فى البين غناء، كما إذا قرأ الاشعار الراجعة إلى العشق و نحوها بلا ترجيع صوت أصلا.

(۱) و لكن مضافا إلى ضعف سندها لا دلالة لها على الحرمة، لما تقدم من أن المدح لفعل لا يكشف عن كونه واجبا.

(۲) و باعتبار ضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

(۳) و فى رواية الحسن بن على الوشاء، قال (سئل أبو الحسن الرضا (ع) عن شراء المغنية؟ قال قد يكون للرجل الجارية تلهيه، و ما ثمنها إلا ثمن الكلب، و ثمن الكلب سحت» «۱» و فى صحيحة إبراهيم بن ابى البلاد «ثمن الكلب و المغنية سحت» «۲» و مثل هذا كاشف عن حرمة الغناء، فإنه لا يكون بطلان المعاملة على الجارية بما أنها مغنية إلا مع حرمته، و الا فكونها مغنية ككونها خياطة أو كاتبة من الأوصاف التى توجب زيادة ماليتها.

(لا يقال): نعم، و لكن لا يكون مثلهما كاشفا عن حرمة الغناء مطلقا، حتى فيما إذا كان فى الكلام الصحيح، (فإنه يقال) بطلان بيعها كاشف عن حرمة الغناء حتى فيما إذا كان فى الكلام المزبور، و الا فكونها مغنية ككونها كاتبة من الأوصاف التى تكون منشأ للحلال و الحرام، و لا يوجب مثلها بطلان البيع فتدبر. و

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۶).

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۴).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۷۹

أنه مد الصوت (۱).

نظيرها ما ورد فى حرمة الاستماع الى الغناء، فإنه كاشف عن حرمة نفس الغناء حيث لا يحتمل حرمة الاستماع و الجلوس الى الحلال و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال «سألته عن الرجل يتعمد الغناء يجلس اليه قال: لا» «۱».

فقد ظهر مما ذكرنا أن الغناء و ان كان بإطلاقه محرما إلا أنه لا يمكن الحكم بكونه من الكبائر، إلا فيما إذا كان فى ضمن كلام باطل كالكذب. و ما يوجب إضلال الناس عن الدين الحق و إفساد عقيدتهم، و فى صحيحة محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع)، قال: «سمعته يقول: الغناء مما أوعد اللّه عليه النار» «۲» و تلا هذه الآية وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ إلخ، فإن الآية ناظرة إلى شراء لهو الحديث الموجب لإضلال الناس. و ما فى رواية الأعمش أيضا لا يدل على أنه بإطلاقه من الكبائر، حيث أن المذكور فيها الملاهى التى تصد عن ذكر اللّه، و الملاهى جمع ملهى بمعنى اللهو، بقرينة التمثيل بالفعل، و مدلولها كون الغناء الموجب لنسيان اللّه كبيرة، فلا تعم ما يكون فى ضمن الاشعار المتضمنة للوعظ و الإرشاد و نحوهما.

(۱) لا ينبغى التأمل فى كون الغناء عرفا هى الكيفية للصوت، و لا دخل فى صدقه لبطلان معنى الكلام و عدمه، و لذا من سمع من بعيد صوتا يكون فيه الترجيع الخاص المناسب للرقص و ضرب الأوتار يحكم بأنه غناء، و ان لم يتميز عنده مواد الكلام و لعل هذا هو المراد من قولهم بأنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطلوب، بان يكون مرادهم تطويل الصوت بنحو خاص اى تطويله بترجيعه و ترديده فى الحلق، بنحو يقتضى الطرب أى يناسبه، و الطرب حالة تعرض النفس من شدة الفرح أو الحزن و حقيقته خروج النفس عن

اعتدالها و لذا ربما يفعل الإنسان

---

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٣٢).

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (۶).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٠

ان الرجل المتستر (١) و ربما يبكى فى خلال ذلك (٢) أما الأول فلأنه حكى عن المحدث الكاشانى (٣).

فى ذلك الحال ما لا يفعله فى غيره، و على كل- فإن أحرز فى مورد كون الكيفية غناء فهو، و الا فمقتضى الأصل الإباحة، و يكون الشك فى المقام من الشبهة المفهومية حيث يكون المفهوم مجهولا- من حيث سعة دائرته و ضيقه كما لا يخفى. و يشهد على ما ذكرنا- من كون الغناء هى كيفية الصوت من غير دخل لمعنى الكلام فيه- موثقة عبد الأعلى المتقدمة، حيث أن الكلام المنكر الوارد فيها ليس باطلا. من جهة المعنى.

(١) أى الرجل الجالس مكان الخلوة.

(٢) و يظهر ذلك بملاحظة مثل الأب الذى مات ولده المحبوب له الشاب، فإنه يقرأ عنده تعزية سيد الشهداء و ولده الأكبر سلام اللّه عليهما، و يبكى أشد البكاء، مع أنه لم يكن يبكى من قبل بمثل هذه التعزية، فان بكاءه حقيقة لموت ولده ثم ان الوجه فى هلاك الرجل المتستر المفروض ما أشرنا إليه من أن الجهل بحرمة هذا النحو من كيفية القراءة فى التعزية أو غيرها شبهة حكمية منشأها الجهل بعموم مفهوم الغناء و شموله لها، و الجهل فى تلك الشبهة لا يكون عذرا الا بعد الفحص و عدم الظفر بما يكون دليلا على حرمة تلك الكيفية كما لا يخفى.

(٣) المنسوب الى المحدث الكاشانى و صاحب الكفاية جواز الغناء و أن الحرام ما يقترن به من المزمار، و دخول الرجال على النساء و نحوهما، و ان الاخبار الناهية عن الغناء ناظرة إلى المتعارف فى ذلك الزمان، و هو الغناء المقترن بالأباطيل و المحرمات، و لعله يشير الى ذلك قوله عليه السلام فى صحيحة أبى بصير «أجر المغنية التى تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتى يدخل عليها الرجال» «١»

---

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١۵) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨١

....

و يمكن دعوى ظهور الجواز من بعض الروايات الأخرى، كخبر ابى بصير قال:

«سألت أبا عبد اللّه (ع) عن كسب المغنيات؟ فقال: التى يدخل عليها الرجال حرام، و التى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس، و هو قول اللّه عز و جل:» «١» و خبر على ابن جعفر عن قرب الاسناد عن عبد اللّه بن الحسن قال: «سألته عن الغناء هل يصلح فى الفطر و الأضحى و الفرح؟ قال: لا بأس به ما لم يعص به» «٢» و رواه على بن جعفر فى كتابه إلا أنه قال: ما لم يزمر به، و فى بعض النسخ ما لم يؤمر به، و الصحيح هو الأول. و ظاهر هذه ايضا جواز الغناء فى نفسه، حيث لا يحتمل جوازه فى الأعياد و الأفراح كلها و حرمته فى غير ذلك.

(أقول): ما ذكر من نظر الأخبار الناهية إلى الغناء المتعارف فى ذلك الزمان و كان مقارنا بالأباطيل و المحرمات الأخر فاسد، فإنه-

مضافا إلی أن النهی عن عنوان ظاهره کونه المنهی عنه، لا- کونه إشارة إلی عنوان آخر یکون مقارنا له أو متحدا معه بعضا أو غالبا- أن إنکار الترخیص راجع فی موثقة عبد الأعلی إلی نفس القول و الغناء، لا- الی استعمال الملاهی أو غیره من المحرمات. و أما صحیحة أبی بصیر فلا بد من حمل قوله (ع) بالتی یدخل علیها الرجال علی العنوان المشیر یعنی إلی التی تغنی فی غیر الزفاف، و لعل دخول الرجال علیها کان متعارفا فی غنائها فی غیر الزفاف. و یحتمل ان یکون قوله. (و لیست إلخ) حالا أی التی تزف العرائس لا بأس بکسبها حال عدم دخول الأجانب علیها، و عدم دخولهم من باب المثال و المراد عدم ارتکاب محرم آخر. و لا بأس بالالتزام بجواز الغناء فی الأعراس ما لم یقترن بمحرم آخر، حیث أن حل الکسب بعمل یلازم جواز ذلک العمل.

و یدل علیه روایتان لأبی بصیر ایضا، و فی إحداهما- و لا یبعد کونها معتبرة

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۵) من أبواب ما یکتسب به الحدیث: (۲)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۵) من أبواب ما یکتسب به الحدیث: (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۲

....

فإنه لیس فی سندها غیر حکم الخیاط، و الظاهر انه ثقة باعتبار کونه من مشایخ ابن ابی عمیر- «قال أبو عبد اللّه (ع): المغنیة التی تزف العرائس لا بأس بکسبها) و الوجه فی اعتبار عدم الاقتران بحرام آخر مضافا الی ما استظهرناه من صحیحته المتقدمة إطلاق أدلة حرمة استعمال الملاهی و نحوه، فإنها تعم الزفاف و غیره. و ظاهر الروایة المجوزة تجویز الغناء دون المحرم الآخر. و دعوی أن المتعارف من الغناء فی الزفاف کان مقترنا باستعمال الملاهی لم تثبت، بل هذه نظیر دعوی أن المتعارف من الغناء فی الزفاف کان مقترنا بشرب الخمور کما لا یخفی. و أما ما رواه فی قرب الاسناد- عن علی بن جعفر فلضعف سنده- ساقط عن الاعتبار، فان فی سنده عبد اللّه بن الحسن و لم یثبت له توثیق. نعم روایته عن کتابه معتبر، و لکن دلالته علی جواز الغناء الذی لا یزمر به قابل للخدشة، فإنه یحتمل ان یکون المراد بالغناء مطلق مد الصوت، و قید ما لم یزمر به إشارة الی عدم البلوغ الی حد الغناء المعروف. و هذا الاحتمال و ان کان خلاف الظاهر الا أنه لا بأس به فی مقام الجمع، و لو فرض عدم تمامیة ما ذکرنا فی هذه الصحیحة و صحیحة أبی بصیر المتقدمة و وقعت المعارضة بین هذه الطائفة الموافقة للعامة و الطائفة المانعة المخالفة لهم، فالمتعین الأخذ بالمانعة باعتبار ان مخالفة العامة هو المرجح الثانی فی باب المعارضة فتدبر.

ثم إنه لا- یسعنا الحکم بحرمة الباطل و اللهو ما لم یدخل فی عنوان الغناء أو غیره من المحرمات، و لکن نسب التحریم الی بعض الأصحاب. و یستدل علیه (تارة) بمثل قوله سبحانه وَ الَّذِینَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ «۱» و فیه ما تقدم، من أن المدح بفعل لا یدل علی وجوب ذلک الفعل، و (اخری) بروایات واردة فی وجوب التمام فی سفر الصید تنزها، و فی موثقة أبی بکیر «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یتصید الیوم و الیومین! و الثلاثة أ یقصر الصلاة؟ قال: لا إلا أن یشیع الرجل أخاه فی الدین،

(۱) سورة المؤمنون (۲۳)- الآیة: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۳

....

فان الصید مسیر باطل لا تقصر الصلاة فیه» «۱» و فی موثقة زرارة عن ابی جعفر (ع) قال:

«سألته عمن یخرج عن أهله بالصقورة و البزاة و الکلاب یتنزه اللیل و اللیلتین و الثلاثة، هل یقصر فی صلاته أم لا؟ قال: إنما خرج فی لهو لا یقصر» «۲» و لکن لا یخفی عدم دلالتهما علی حرمة اللهو و الباطل بالسفر فضلا عن غیره ایضا، بل مدلولهما عدم تشریع القصر فی ذلک السفر المقصود به اللهو و التنزه و الباطل. و المراد بالباطل عدم غرض مطلوب فیه، کالتکسب و تشییع الأخ، و غایة الأمر الالتزام بالتمام فی السفر کذلک، مع عدم کونه من افراد السفر للمعصیة. و یناسب ذلک عطف سفر الصید تنزها فی کلام الأصحاب علی السفر للمعصیة، فلاحظ. و أما موثقة عبد الأعلی فقد تقدم أن مدلولها عدم اتخاذ اللّه تعالی أو رسوله لنفسه اللهو.

و أما أن اللهو بإطلاقه محرم علی الإنسان المکلف، فلا دلالة لها علی ذلک أصلا، بل ذکرنا احتمال أن یکون الاستشهاد بالآیة باعتبار ما فی ذیلها من الویل للمفتری و فی صحیحة الریان بن صلت، قال: «سألت الرضا (ع) عن الغناء و أن العباسی ذکر منک انک ترخص فی الغناء؟ فقال: کذب الزندیق ما هکذا قلت له، سألنی عن الغناء، فقلت إن رجلا أتی أبا جعفر (ع) فسأله عن الغناء، فقال: إذا میز اللّه بین الحق و الباطل، فأین یکون الغناء؟ فقال: مع الباطل، فقال: قد حکمت» فان صدرها ظاهر فی نفی الترخیص فی الغناء لا انه حرام و قول ابی جعفر (ع) لا یدل علی خصوص الحرمة، کما لا یدل علی الجواز بنحو الکراهة، حیث أن الباطل جامع بینهما، و یناسب کلا منهما، و بهذا الاعتبار ذکر سلام اللّه علیه کذب الزندیق. و بهذا یظهر الحال فی موثقة زرارة عن ابی عبد اللّه (ع)، أنه «سئل عن الشطرنج و عن لعبة شیث التی یقال لها لعبة الأمیر، و عن لعبة الثلث، فقال: أ رأیتک إذا میز اللّه الحق و الباطل مع

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۵) باب: (۹) من أبواب صلاة المسافر- الحدیث: (۷)

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۵) باب: (۹) من أبواب صلاة المسافر- الحدیث: (۱)

فان مرجع أدلة الاستحباب (۱)

أیهما تکون؟ قال: مع الباطل، قال: فلا خیر فیه» «۱» حیث أن نفی الخیر لا یدل علی الحرمة، بل یناسب الکراهة أیضا، و إن کان المراد منه بالإضافة الی بعض مورد السؤال أو کله الحرمة، و لکنها بقرینة خارجیة، و لو کنا و هذه الروایة لما أمکن الحکم بالحرمة حتی فی مورد السؤال، و کیف کان فلا دلالة فی الروایتین علی حرمة الباطل أصلا.

(۱) و حاصله أن المحرم قد یکون له وجود آخر و یحسب مقدمة للمستحب أو المکروه أو المباح، و قد یکون متحدا مع العنوان المستحب أو المکروه أو المباح فی الوجود، و لا بد فی کلا القسمین من تقدیم خطاب التحریم و لو مع کون النسبة بین الخطابین العموم من وجه، فان هذا التقدیم مقتضی الجمع العرفی بین الخطابین، حیث ان المستفاد عرفا من خطاب استحباب الشیء مع ملاحظة کون بعض سببه محرما استحباب إیجاده بسبب مباح، کما أن المستفاد من خطابه مع ملاحظة خطاب النهی فی مورد اتحاد العنوانین کون الاستحباب اقتضائیا بالإضافة إلی العنوان المحرم بمعنی انه یثبت الاستحباب لو لم یکن فی البین ذلک العنوان الحرام. و کذا الحال فی مورد اتحاد العنوان المحکوم بالإباحة مع العنوان المحرم، و لذا لا یستفاد من خطاب حل أکل لحم مثل الغنم حله حتی فیما إذا کان الغنم مغصوبا أو موطوءا، و لعل الوجه فی هذا الجمع العرفی هی القرینة العامة، و هی ملاحظة الفاعل الجهة الأهم و الملاک الملزم فی مورد مزاحمته بغیره.

و قد تحصل مما ذکرنا أنه لا یمکن دعوی المعارضة بین خطاب النهی عن الغناء و بین خطاب استحباب قراءة القرآن أو المراثی، فیما إذا کانت القراءة أو المرثیة بنحو الغناء لیرجع بعد تساقط الإطلاق من الجانبین إلی أصالة الحلیة، أو تقدیم جانب الاستحباب ببعض الروایات القاصرة فی دلالتها أو فی سندها ایضا عن إثبات استحباب

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۰۲) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۵

الحداء بالضم کدعاء (۱)

الغناء فی القرآن، نظیر قوله: (أقروا القرآن بألحان العرب) و کقوله: (لکل شیء حلیة و حلیة القرآن الصوت الحسن) و غیرهما من المرویات فی أبواب قراءة القرآن.

(۱) قیل بجواز الغناء للسیر بالإبل. و یستدل علیه بما روی عن النبی (ص) انه قال لعبد اللّه بن رواحة: «حرک بالنوق، فاندفع یرتجز، و کان عبد اللّه جید الحداء، و کان مع الرجال، و کان أنجشة مع النساء، فلما سمعه تبعه، فقال (ص) لأنجشه:

رویدا رفقا بالقواریر).

و فیه أن الحدیث نبوی مجهول السند و قاصر الدلالة، حیث أن الرجز لا یلازم الغناء، کما أنه لم یعلم کون الحداء مساویا للغناء، مع أنه (ص) لم یأمر رواحة بالحداء حتی یستظهر منه أنه تجویز للغناء للسیر بالإبل، و بروایة السکونی عن جعفر ابن محمد عن أبیه عن آبائه قال قال رسول اللّه (ص): «زاد المسافر الحداء و الشعر منه لیس فیه جفاء» «۱» و فی بعض النسخ لیس فیه خناء، و هذه الروایة ضعیفة سندا و دلالة، أما دلالة فلما تقدم أنه لم یعلم کون الحداء مساویا للغناء، بل من المحتمل قریبا أنه مطلق مد الصوت و ترجیعه فیقید بما لم یصل الی حد الغناء کما هو مقتضی الجمع بینها و بین روایات حرمة الغناء علی ما مر. و أما سندا فان فی سندها الحسین ابن یزید النوفلی، فیه کلام أشرنا إلیه آنفا.

و ما یقال- من أنه موثق فان الشیخ (ره) وثقه فی العدة، حیث قال فیها (و لأجل ما قلنا عملت الطائفة بما رواه حفص بن غیاث، و غیاث بن کلوب، و نوح بن دراج، و السکونی و غیرهم من العامة.) و وجه کون هذا الکلام توثیقا للنوفلی، هو أن الراوی عن السکونی هو النوفلی غالبا، فعمل الأصحاب بروایات السکونی یکون عملا بروایة النوفلی- لا یخفی ما فیه، فان ظاهر الکلام المزبور هو توثیق السکونی، و أن کونه عامیا لا یضر باعتبار روایته عند الأصحاب. و أما سائر شرائط العمل بالخبر

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۳۷) من أبواب آداب السفر- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۶

[فی الغیبة و حکمه]

اشارة

فجعل المؤمن أخا (۱)

الواحد فلیس ذلک الکلام ناظرا إلیها، و لذا لا یمکن دعوی اعتبار کل روایة یکون فی سندها أحد هؤلاء الجماعة. هذا مع أن روایة غیر النوفلی عن السکونی غیر عزیز فلاحظ الروایات. الکثیرة المتفرقة فی أبواب الفقه و فی أسانیدها السکونی أو إسماعیل بن مسلم.

(۱) أی انه سبحانه و تعالی شبه عرض المؤمن بلحم الأخ، و جعل التعرض لعرضه و إظهار سوئه أکلا للحم الأخ، و شبه عدم حضوره عند التعرض لعرضه بموته، و قال عز من قائل أ یُحِبُّ أَحَدُکُمْ أَنْ یَأْکُلَ لَحْمَ أَخِیهِ مَیْتاً فَکَرِهْتُمُوهُ و أورد علی ذلک الإیروانی (ره) بأنه لا- یناسب العرض مع اللحم، و التعرض له مع الأکل، و عدم الحضور مع الموت. و أی مناسبة تقتضی التشبیه المزبور، و فیه اشمئزاز

الطباع.

و بعبارة أخری لا یکون فی البین تشبیه فی ناحیـة الاجزاء المفروضـة فی قوله عز من قائل وَ لٰا یَغْتَبْ بَعْضُـکُمْ بَعْضاً بل التشبیه ناظر الی الوزر، و أن وزر الغیبـة کوزر أکـل لحم المیت. و هـذا الوزر إما من قبیل العقاب علی العمل حیث یکلف المغتاب بالکسـر فی الآخرة بأکل لحم الموتی؟ أو من باب تجسم الأعمال، حیث تکون الغیبـة فی الدار الآخرة أکل لحم المیت. و قد ورد فی روایة نوف البکالی عن أمیر المؤمنین (ع) «اجتنب عن الغیبة فإنها إدام کلاب النار» «۱».

أقول: لم یظهر اشـمئزاز الطبـاع بالإضافة إلی التشـبیه فی الأـجزاء، کیف و قـد عبر فی بعض الروایـات المعتبرة عن الغیبـة بأکـل لحوم النـاس، کمـا فی صـحیحة أبی بصـیر عن ابی جعفر (ع) قـال قـال رسول اللّه (ص): «سـباب المؤمن فسوق، و قتـاله کفر، و أکـل لحمه معصیة، و حرمة ماله کحرمة دمه) «۲» فإن إطلاق أکل اللحم علی الغیبة فی قوله (و أکل لحمه معصیة) بالنظر الی الدنیا، حیث انها دار المعصیة

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۲) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۱۶)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۲) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۱۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۷

و قوله تعالی وَیْلٌ لِکُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ (۱) و قوله إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفٰاحِشَةُ (۲) بل أشد من بعضها (۳)

و وعاء العصیان، و روایـة نوف البکالی- مضافا الی ضـعف سـندها- لا دلالة لها علی تعیین غذاء المغتابین بالکسـر یوم القیمة. و لعل کلاب النار غیرهم.

(۱) لاـ یخفی أن الهمز أو اللمز ذکر العیب و تنقیص الآـخر فی حضوره أو غیابه و الغیبـة- علی ما سـیأتی- إظهار عیب أخیه المسـتور علیه، فتکون النسـبة بینها و بین المراد من الهمز أو اللمز العموم من وجه، فإنه ربما یکون التنقیص بذکر عیبه الظاهر، فلا تکون غیبة. و ربما یکون إظهار عیبه المستور علیه بداع آخر غیر هتکه و تنقیصه، فلا یکون همزا و لمزا، و قد یجتمعان و لا یصح جعل الدلیل علی حرمة أحد العنوانین کذلک دلیلا علی حرمة الآخر.

(۲) لا یخفی أن إضافـة الشـیاع إلی شـیء قابل للکثرة و التکرار، ظاهرها کثرته وجودا لا بیانه و إظهاره، فالآیـة المبارکة ظاهرها حرمة دعوة المؤمنین و تحریصـهم الی الفواحش فی مقابـل نهیهم عن المنکرات. نعم فی صـحیحة محمـد بن حمران دلالـة علی عموم الآیة للغیبـة أیضا، حیث قال فیها أبو عبـد اللّه (ع)، من قال فی مؤمن ما رأته عیناه و سـمعته أذناه، فهو من الذین قال اللّه عز و جل إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفٰاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذٰابٌ أَلِیمٌ «۱» و لکن الاعتماد علیها خارج عن الاستدلال بالآیة.

(۳) لاـ یخفی کون الغیبـة أشـد من کبیرة فی الوزر، و إن کـان مقتضاه أنها ایضا من الکبائر، إلا أن کونها أشـد من کبیرة فی التخلص عن وزرها لا یقتضی ذلک، کما إذا کانت الغیبة من حقوق الناس و حرمة شرب الخمر من حقوق اللّه، فالتخلص عن وزر شرب الخمر یکون بمجرد التوبة، بخلاف وزر الغیبة، فمثل هذه الأشدیة لا

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۲) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۶)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۸

فیجوز اغتیاب المخالف (۱).

تقتضى أن تكون الغيبة من الكبائر و المروى- عن النبى (ص) بعدة طرق (أن الغيبة أشد من الزنا)- ناظر إلى مرحلة التخلص عن الوزر، كما هو مفاد ذيله من قوله: (إن الرجل يزنى فيتوب.).

نعم روى أن الغيبة أشد من ستة و ثلاثين زنية، و ذكر العدد ظاهره النظر الى العقاب، و إلا لكان الأنسب أن يقول (الغيبة أشد من الزنا) و لكنه نبوى مرسل لا يمكن الاعتماد عليه، بل لو كان حديثا صحيحا، لكان اللازم تأويله لو لم يمكن طرحه، للجزم بأن الغيبة لا تكون أشد حرمة و وزرا من زنية واحدة، فضلا عن الثلاثين. و لذا لو اكره على الزنا أو الغيبة تعين اختيار الثانى، و ذكرنا نظير ذلك فيما ورد من أن درهم ربا أشد من سبعين زنية كلها بذات محرم.

نعم يستفاد كون الغيبة كبيرة من صحيحة محمد بن حمران المتقدمة، حيث أن ظاهرها شمول ما أوعد اللّه عليه العذاب للغيبة أيضا، و ذكر المصنف (ره) وجها آخر لكونها كبيرة، و هو اندراجها فى الخيانة. و فيه ان كون الغيبة من الخيانة ممنوع، كيف؟ و لو لم يكن فى البين دليل على حرمتها بعنوان الغيبة، فباعتبار دخولها فى الخبر الصدق كانت جائزة، بل على تقدير كونها خيانة، لما أمكن الحكم بكونها من الكبائر حيث لا دليل على كون الخيانة بمعناها العام من الكبائر. و العجب منه (ره) حيث أغمض فى الاستدلال على كونها كبيرة عن آية وَيْلٌ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ و عن قوله سبحانه إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ مع استدلاله بهما على حرمتها، مع أن الويل و الوعيد بالعذاب على عمل فى الكتاب المجيد ملاك كون ذلك العمل من الكبائر.

(۱) لا ينبغى التأمل و الريب فى جواز اغتياب المخالف و سائر فرق الشيعة فيما إذا كان خلافهم أو مخالفتهم الحق بنحو التقصير، و لو بتركهم الفحص عن الحق، فإنهم فى هذه الصورة من أظهر أفراد الفساق و المتجاهرين بفسقهم،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۱۸۹

و عدم جريان أحكام الإسلام عليهم (۱) ثم الظاهر دخول الصبى المميز (۲)

إذ التجاهر بترك الولاية الحقة لا- يقصر عن التجاهر بترك سائر الواجبات و ارتكاب المحرمات الموجب لجواز الاغتياب على ما سيأتى، كيف؟ و أن الولاية من عماد الدين، و أهم ما بنى عليه السلام، على ما فى الروايات المعتبرة و بعضها مروية فى الباب الأول من أبواب مقدمات العبادات، بل لا يبعد اندراج المخالفين و سائر الفرق فى أهل البدع و الريب، مع تقصيرهم أو مطلقا، حيث ينسبون إلى الشريعة و الرسول الأكرم ما يبرأ منه الرسول (ص)، فيعمهم مثل صحيحة داود بن سرحان، عن ابى عبد اللّه (ع)، قال قال رسول اللّه (ص): إذا رأيتم أهل البدع و الريب من بعدى، فأظهروا البراءة منهم، و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقيعة، و باهتوهم، كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام الحديث «۱».

(۱) أى انه لا- يترتب على المخالفين إلا- قليل من أحكام الإسلام، و ترتب هذا القليل لأجل توقف نظام معاش المؤمنين عليه، و من ذلك حكم الشارع بعدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبة، و حل ذبائحهم، و حل مناكحتهم، و حكمه باحترام دمائهم. و هذا الاحترام لأجل أن لا يوقعوا المؤمنين فى الفتنة، و كحكمه بحرمة نسائهم، باعتبار أن الشارع امضى لكل قوم النكاح المرسوم عندهم.

(أقول) كل حكم ترتب فى لسان الأدلة على الإسلام أو عنوان المسلم يترتب عليهم، كما يترتب على المؤمنين، و هذا ليس بقليل، فيثبت التوارث بينهم و بين المؤمنين، و يجب علينا تجهيز موتاهم، و هكذا. نعم الخلود الى الراحة بعد الموت و الدخول فى الجنة فى الدار الآخرة و غير ذلك من آثار الإطاعة و الايمان لا يثبت فى حقهم، لبطلان أعمالهم باعتبار عدم التزامهم بالولاية التى شرط صحة الأعمال على الأظهر و هذا أمر آخر.

(۲) لا يبعد شمول المراد من البعض فى قوله سبحانه لا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضاً

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۳۹) من أبواب الأمر و النهى- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۹۰

الغيبة اسم مصدر (۱).

الصبى المميز أيضا، غاية الأمر أن ما دل على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم يقتضى خروجه عن المراد بالبعض الأول، و ليس فى البين ما يدل على تساوى البعضين فى المراد، بل يكون فى البين ما يقتضى عدمه، حيث أن المتجاهر بالفسق خارج عن المراد من البعض الثانى، و داخل فى المراد من الأول كما لا يخفى. نعم فى شمول الآيات و الروايات للمجنون بل الصبى غير المميز تأمل، و لا يبعد انصرافهما عنهما.

(۱) بقى فى المقام أمور: (الأول) أن الغيبة اسم مصدر لاغتاب، أو مصدر لغاب و المستفاد مما ذكر فى المصباح أنها (ذكر الإنسان بما يكرهه من العيب الموجود فيه) كما أن المستفاد من القاموس أنها (ذكر العيب للإنسان مع كونه فيه) و ذكر المصنف (ره) أن ظاهر تعريفهما- خصوصا تعريف القاموس، حيث عد غابه مرادفا لعابه- هو كون ذكر العيب لغاية الانتقاص، أى نسبة النقص الى المغتاب بالفتح، و قد صرح باعتبار هذا القصد الشهيد الثانى (ره) فى كشف الريبة، حيث قال: (إن الغيبة ذكر الإنسان فى غيابه بما يكره نسبة اليه مما يعد نقصا فى العرف بقصد الانتقاص و الذم) و على ذلك فلا يكون من الغيبة ذكر العيوب فى غير مقام الانتقاص، كما إذا ذكرها فى مقام المعاملة على الجارية، أو ذكرها فى المعرف للشخص.

(لا يقال) يكون قصد الانتقاص بمجرد ذكر النقائص، فيحصل قصد الانتقاص فى المثالين ايضا، فلا يكون المثالان خارجين عن عنوان الغيبة حتى على تعريف الشهيد (ره) (فإنه يقال): لو كان قصد الانتقاص حاصلا بمجرد ذكر العيب و النقص لكان اعتبار قيد قصد الانتقاص فى تعريفه لغوا و الحاصل أنه لا يلزم ان تكون الغاية فى ذكر النقائص هو الانتقاص.

(أقول) على ذلك لم يتضح وجه استظهار قصد الانتقاص من كلام المصباح أو القاموس بعد إمكان كون الغاية فى ذكر العيب و النقص أمرا آخر غير الانتقاص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۱۹۱

....

و أما ما فى المصباح من اعتبار كون العيب مما يكرهه المغتاب بالفتح، فالمراد كراهة ظهوره أو كراهة ذكره، و الأول كما فى العيب المخفى، حيث أن المغتاب بالفتح كثيرا ما يكره ظهوره، و الثانى كما فى العيب الظاهر، حيث أن الإنسان كثيرا ما يكره ذكره بذلك العيب تعييرا له أو فى مقام ذمه. و الوجه فى كون المراد ذلك هو أن الإنسان يجد فى الغالب ما يرتكبه من القبائح موافقا لقواه الشهوية، فلا يكرهها، و إنما يكره ظهورها للناس أو ذكرها كما ذكرنا. و هذا كله فيما إذا كان المراد بما الموصولة هو العيب. و أما لو كان المراد به هو الكلام لكان معنى ما فى المصباح اغتابه إذا ذكره بكلام يكره ذلك الكلام، و كراهة الكلام ايضا إما لكونه إظهارا لعيبه المستور عليه، أو لكونه متضمنا للذم و التعيير. و كيف كان، فهذا التعريف موافق لما رواه فى المجالس و الاخبار من قوله (ص) لأبى ذر- بعد سؤاله بقوله يا رسول اللّه و ما الغيبة؟- «ذكرك أخاك بما يكره» «۱» و نحوه نبوى آخر و لكن النبوى الأول كالثانى ضعيف سندا لا- يمكن الاعتماد عليهما، مع أن فى النسخة الموجودة عندى (ذكرك أخاك بما يكره) أى ما يكون مكروها. و هذه عبارة أخرى عن العيب، غاية الأمر يقيد بما إذا كان مستورا كما سيأتى.

و بعبارة أخرى لا دخل لكراهة المغتاب بالفتح و عدم كراهته فى صدق الغيبة على إظهار عيبه و لا فى حرمتها، فإنه إذا فرض انسان له عيب مستور عليه، و لكن لا يكره ظهوره للناس بالاغتياب، لاعتقاده أن الاغتياب يوجب انتقال حسنات المغتاب بالكسر اليه، و انتقال سيئاته اليه. و لذا يرضى بفعل ذلك المغتاب، فلا إشكال فى كون الفعل المزبور اغتيابا.

و علی کل- فان ما ورد فی تفسیر الغیبة- و منها، حسنة عبد الرحمن بن سیابة- کاف فی إثبات المراد بها، و أنها عبارة عن کشف عیب مستور علی المؤمن. و یستفاد

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۲) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۹)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۹۲

....

من الآیة المبارکة أیضا ذلک، و أنه لا یجوز إظهار ما فیه نقص عرض المؤمن و سقوطه عن أعین الناس. و لا یفرق فی ذلک بین إظهار عیبه فی حضوره أو فی غیابه، حتی و لو فرض أن الغیبة بمعناها الظاهر لا تشمل الأول، فإن العبرة بالملاک لکون حرمتها للتحفظ علی کرامة المؤمن و عرضه و عدم سقوطه عن أعین الناس. و فی موثقة أبی بصیر عن ابی جعفر (ع)، قال قال رسول اللّه (ص): «سباب المؤمن فسوق، و قتاله کفر، و أکل لحمه معصیة و حرمة ماله کحرمة دمه» «۱» فان دلالتها علی حرمة أکل لحم المؤمن و تنقیص عرضه واضحة. و فی روایة أخری لعبد الرحمن ابن سیابة، عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «إن من الغیبة أن تقول فی أخیک ما ستره اللّه علیه، و إن من البهتان أن تقول فی أخیک ما لیس فیه» «۲» و ربما یستظهر منها عدم انحصار الغیبة بإظهار عیب مستور علی مؤمن، حیث ان ظاهر لفظة (من) هو التبعیض.

و لکن لا یخفی ان المراد فی الروایة التبعیض بحسب المصداق، بمعنی أن قولک المزبور مصداق، و قول الآخر ذلک القول ایضا مصداق آخر، و هکذا. و الشاهد لکون التبعیض بحسب المصداق قوله بعد ذلک (و إن من البهتان) حیث أن من الظاهر عدم تعدد نوع البهتان، و فی روایة داود بن سرحان، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الغیبة؟ قال: هو أن تقول لأخیک فی دینک ما یفعل، و تبث علیه أمرا قد ستره اللّه علیه لم یقم علیه فیه حد «۳».

و ربما یقال مقتضی ظهورها اختصاص الغیبة المحرمة بإظهار ما یکون فی ارتکابه حد، و یجاب عن ذلک کما عن السید الخوئی بأنه یرفع الید عن القید ببرکة

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۸) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۳)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۸) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۳)

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۸): الباب (۱۵۴) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۹۳

....

حسنة عبد الرحمن بن سیابة، قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: الغیبة أن تقول فی أخیک ما ستره اللّه علیه»، و أما الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا. و اما البهتان أن تقول فیه ما لیس فیه» «۱» و فیه أن مقتضی الجمع العرفی هو رفع الید عن إطلاق الثانیة بالقید الوارد فی الروایة الأولی. هذا، و لکن الصحیح أنه لا دلالة فی الروایة الأولی علی التقیید، فان عدم قیام الحد بمفاد لیس التامة یصدق علی ما إذا لم یکن فی ارتکابه حد، و لعل ذکر ذلک باعتبار أن مع قیام الحد یکون الارتکاب ظاهرا عند الناس، فلا یکون فی البین غیبة. و کشف عیب مستور، هذا مع ضعف سندها بمعلی بن محمد، فلا تصلح لرفع الید بها عن إطلاق الحسنة.

(لا یقال) کیف تکون روایة عبد الرحمن حسنة، مع عدم التوثیق له (فإنه یقال) یعمه التوثیق العام الذی ذکره الشیخ (ره) فی العدة،

فإنه من مشایخ ابن ابی عمیر.

ثم إن الظاهر صدق الستر و کون العیب مما ستره اللّه حتی لو علمه واحد أو اثنان أو ثلاثة، و إنما لا یصدق فیما إذا علمه جل معاشریه أو جماعـة، بحیث یصـح أن یقال: إنه مما عرفه الناس، و فی روایـة یحیی الأزرق، قال قال لی أبو الحسن (ع) «من ذکر رجلا من خلفه بما هو فیه مما عرفه الناس لم یغتبه، و من ذکره من خلفه بما هو فیه مما لا یعرفه الناس اغتابه، و من ذکره بما لیس فیه فقد بهته» «۲» و لو کان عیب إنسان مسـتورا عنـد طائفـة و ظاهرا عنـد الأخری، فهل یجوز إظهار ذلک العیب عنـد الطائفـة الأولی؟ قد یقال بعدم جواز الإظهار، باعتبار أنه و إن لم یکن إظهاره عندهم اغتیابا، و أنه عیب لم یستره اللّه علی ذلک الإنسان، إلا أنه یعمه ما فی موثقة

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۴) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۴) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۹۴

ثم ان الظاهر المصرح به فی بعض الروایات (۱)

ابی بصیر المتقدمـة من قوله (ع) (و أکل لحمه معصیـة للّه) فإن الإظهار المزبور أکل للحمه و إسـقاط له عن أعین الطائفـة الأولی بلا کلام. و لکن الأظهر جوازه، فإنه لا ینبغی التأمل فی جواز إظهار ذلک العیب عنـد الجاهل به من الطائفة الثانیة، کما هو ظاهر الروایات الواردة فی تحدیـد الغیبـة و تفسیرها، و إذا جاز إظهار عیبه عنـده، مع أنه إسـقاط لعرضه عنـده، جاز عند الطائفة الأولی أیضا، باعتبار عدم احتمال الفرق و بعبارة أخری عدم احتمال الفرق موجب لرفع الید فی المورد عن إطلاق الموثقة المزبورة کما لا یخفی.

(۱) قد تقدم أن حد الغیبة کشف ما ستره اللّه علی المؤمن من عیبه، فلا یکون اغتیاب فی إظهار ما لا یکون من العیب، کما إذا قال انه لیس بمجتهـد، أو لیس بـأعلم، فان نفی الکمال لا یعـد من إثبات العیب، حتی فیما إذا کان المنفی عنه مـدعیا لـذلک الکمال، کما لا یکون اغتیـاب فی العیوب الظـاهرة، أی فی العیوب الـتی شأنهـا الظهور کـالعور و الحول و القصـر و سوء الخلق و نحوهـا، أو کـان من الممکن ستره و لکن اللّه لم یستره علی صاحبه، کما إذا علم الناس به.

و یدل علی ذلک مضافا الی ما تقدم ما فی حسنة عبد الرحمن بن سیابة المتقدمة من قوله علیه السلام: (و اما الأمر الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا) و علی ذلک فلا بأس بإظهار العیوب الظاهرة لمن لا یعلم بها نعم یجب أن لا یکون بعنوان الإهانـة و قصد هتکه، بل بداع آخر و لو کان ذلک مجرد اطلاع الطرف علیه، فإنه سیأتی عدم جواز إهانة المؤمن غیر المتجاهر بفسقه.

ثم إنه لیس المراد بالعیب فی المقام خصوص الفسق، بل کل ما یکون مسـتورا علی الإنسان و فی إظهاره مهانة لکرامته و أکل للحمه، فاظهاره اغتیاب له، کما إذا قال: (إنه حال صـباه فعل کـذا أو کان أبوه کـذا) نعم فی روایة داود بن سـرحان (هو إن تقول لأخیک فی دینه ما لم یفعل، و تبث علیه) إلا أنها مع ضعف سندها یمکن المناقشة فی دلالتها أیضا کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۹۵

و ان کان بحیث یکره کلهم (۱) مقتضی کونها من حقوق الناس (۲).

---

(۱) لا یخفی أنه مع عدم تعیین المغتاب بالفتح و إن لا یکون کشف لعیبه المسـتور علیه، فلا یصدق علی الإظهار المزبور عنوان الغیبة، إلاـ أن ملاـک حرمتهـا و هـو إیراد النقص علی مـؤمن، و إسـقاطه عن أعین النـاس بـل عنوان أکـل لحمه الوارد فی موثقـة أبی بصـیر المتقدمـة موجود بالإضافـة الی کل منهما، فإنه بذلک یکون کل منهما معرضا للتهمة. و أما کراهة کل منهما و عدمه، فقد تقدم أنه لا دخل لکراهـة الطرف فی تحقق عنوان الغیبـة، بل و لا فی حرمـة الإظهار و عدمها. و من ذلک یظهر حال ما إذا قال أهل هذه القریة أو

البلـدة کـذا، و کـان علیه غـالبهم، حیث أنه إن أراد الکـل کـان بهتانا و ان أراد الغالب و کان الموجود ما ستره اللّه علیهم فهو اغتیاب حکما، و إلا فلا بأس بذلک القول.

(۲) بعض الروایـات المتقدمـة دالـة علی وجوب الاسـتحلال، و مقتضـی إطلاقها کون وجوبه تعیینیا، کما أن روایـة حفص بن عمر «۱» المعبر عنها فی کلام المصنف (ره) بروایة السکونی دالة علی لزوم الاستغفار للمغتاب بالفتح، و مقتضی إطلاقها أیضا تعیینه، فقیل برفع الیـد عن کلاـ الإطلاـقین بحمل الوجوب فیهما علی التخییری، کما هو مقتضـی الجمع العرفی بین الأمر بفعل فی خطاب و الأمر بالفعل الآخـر فی خطـاب آخر، و فیه ان هـذا النحو من الجمع فی المقـام غیر ممکن، لمـا ورد من کون الغیبـة أشـد من الزنا فی التخلص عن وزرها، و مع التخییر بین الاسـتحلال و الاسـتغفار لا یکون فی البین ما یوجب کون التخلص من وزرها أشد، مع ان الجمع بحمل الفعل فی کـل من الخطـابین علی التخییری یختص بمـا إذا علم بعـدم وجوب کلاـ الفعلین معـا، کما فی مسألـة دلالـة إحـدی الروایتین علی وجوب صلاة الجمعة، و الأخری علی وجوب صلاة الظهر، حیث یعلم بعدم وجوب کلتا الصلاتین معا.

و أما فیما احتمل وجوب کل منهما تعیینا، فیؤخذ بإطلاق الوجوب فی کل منهما.

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۸) الباب: (۱۵۵) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۹۶

....

(لا یقال): ظاهر کل من الروایتین عدم وجوب الفعل الآخر، فان مقتضی روایة حفص بن عمر کون الاستغفار للمغتاب بالفتح کافیا فی تکفیر ذنب الاغتیاب فلا حاجة معه الی الاستحلال، کما أن ظاهر النبوی کون الاستحلال کافیا، و لا حاجة معه الی الاستغفار له.

(فـإنه یقـال) نعم هـذا الظهور إطلاـقی و من بـاب السـکوت فی مقـام بیان کفارة الاغتیاب، فینتفی هـذا الإطلاق عن کل من الطائفتین بقرینـة الأخری، فإن مـدلول روایـة حفص عدم الحاجة الی غیر الاسـتغفار من سائر الأفعال، و منها الاسـتحلال، فیرفع الید عن الإطلاق بالإضافة إلی الاسـتحلال و کذا الحال فی ناحیة النبوی، حیث ان مدلوله ایضا عدم الحاجة الی غیر الاستحلال من سائر الأفعال، و منها الاستغفار للمغتاب، فیرفع الید بالإضافة إلی الاستغفار.

و الحاصل أن مقتضی الجمع العرفی بین الروایتین هو الالتزام بوجوب کلا الأمرین، و هذا یناسب ایضا کون الغیبة أشد من الزنا کما لا یخفی. نعم یبقی فی البین أن هـذا الجمع فرع اعتبـار کـل من الطـائفتین، و مع ضـعف سـندهما لاـ یمکن الاعتمـاد علیهما حتی یجمع بینهما بما ذکر، و ربما یجمع بینهما بحمل لزوم الاسـتحلال علی صورة التمکن، و عدم الفتنة فی الاسـتحلال، و الاسـتغفار علی صورة عدم التمکن أو احتمال وقوع الفتنة.

و یقال إن روایـة السـکونی شاهدة لذلک، قال أبو عبد اللّه (ع) علی ما فی الروایة «قال رسول اللّه (ص): من ظلم أحدا وفاته فلیسـتغفر اللّه فـإنه کفارة له» «۱» و فیه (أولاـ) ان الروایـة ضـعیفة بـالنوفلی کما تقـدم بیان ذلک سابقا، و (ثانیا) انه لا دلالـة فیها علی الاسـتغفار للمظلوم، و (ثالثا) کون الغیبـة ظلما علی المغتاب بالفتـح أول الکلام، و لـذا لو لم یکن فی البین أدلة تحریم الغیبة و أکل لحم المؤمن لمـا کـانت أدلـة تحریم الظلم کافیـة لإثباتهـا، مع انه لیس الظلم مطلقـا من حقوق الناس کما فی الزنا فإنه لا یجب علی الزانی مثلا فی توبته الاستحلال من أب البنت أو زوج المرأة ممن یکون

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۱) الباب (۷۸) الحدیث (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۹۷

[موارد جواز الغيبة]

اشارة

فاعلم ان المستفاد من الاخبار المتقدمة (١).

عرضه مع ظهور الزنا مورد المناقشة بين الناس، و من هنا يظهر عدم الدلالة فى الدعاء المنقول عن السجاد سلام اللّه عليه على كون الغيبة من الظلامة التى يجب الاستحلال منها.

و الأظهر أنه بعد ملاحظة ضعف الأخبار الدالة على كونها من حقوق الناس، و أنه يتوقف التخلص عنها على الاستحلال أو الاستغفار، أو بعد تساقط كلتا الطائفتين بالمعارضة كما مر يرجع الى إطلاق ما دل على كون التوبة مكفرة للسيئات، و أن التائب عن ذنبه كمن لا ذنب له، و أنه كفى فى التوبة الندم فراجع. و لا تصل النوبة مع هذا الإطلاق الى الأصل العملى، ليقال أن مقتضى حكم العقل فى مثل المقام هو الجمع بين الأمور التى يحتمل دخلها فى التخلص عن الوزر الثابت على المكلف، و لكن مع ذلك لا ينبغى ترك الاحتياط.

(١) و حاصله أنه يستفاد من الاخبار أن ملاك حرمة الغيبة حصول انتقاص المؤمن بها و سقوطه عن أعين الناس و لأنه يتأذى بها، و إذا فرض أن مصلحة رعايتها راجحة على رعاية ملاك الغيبة كانت جائزة، و لا فرق بين كون تلك المصلحة راجعة إلى المغتاب بالكسر، كما إذا كانت غيبته مانعة له عن المنكر، أو الى المغتاب بالفتح كما إذا كانت غيبته تظلما و موجبا لاسترداد حقه، أو إلى شخص ثالث، كما فى نصح المستشير، حيث ان المصلحة ترجع الى ذلك المستشير. و المراد بالجواز معناه الأعم، فلا ينافى كونها واجبة كما فى الموارد التى تكون المصلحة المترتبة عليها لازمة الرعاية. و هذا- أى رعاية المصلحة الراجحة- لا يختص بالمقام، بل يجرى فى كل مورد ثبت فيه ملاكان سواء كان ذلك المورد من حقوق اللّه فقط أو حقوق الناس ايضا، و يشير الى ذلك ما فى جامع المقاصد من أن ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن أو التفكه به أو إضحاك الناس منه.

و أما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم، كنصح المستشير و التظلم و سماع التظلم و الجرح و التعديل، ورد من ادعى نسبا ليس له، و القدح فى مقالة باطلة خصوصا فى الدين.

(أقول) ان كون الملاك فى حرمة الغيبة سقوط المغتاب بالفتح عن أعين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٨

....

الناس صحيح، و لكن لا يكون تأذيه ملاكا، فإنه ربما لا يكون فى البين تأذ، كما إذا لم يسمع المغتاب ما قيل فى غيابه أو فى وجهه، و يكون تأذيه ناشئا عن بلوغ ما قيل فى غيابه اليه. و هذا الإبلاغ الذى يحصل معه تأذيه فعل شخص آخر غير المغتاب بالكسر، و لذا ربما يقول المغتاب بالفتح لمن أبلغها اليه لم أخبرتنى بها، فإن إخبارك إيذاء لى.

ثم إن ما ذكر من رعاية المصلحة الراجحة موقوفة على الاطلاع على الملاكات، و أين لنا ذلك، بل هذه الرعاية المصلحة الراجحة موقوفة على الاطلاع على الملاكات، و أين لنا ذلك، بل هذه الرعاية من وظيفة الشارع فى مقام جعل الأحكام، فإنه إذا كانت مع المفسدة فى الفعل جهة أخرى مقتضية لخلاف حرمته، ففى مثل ذلك يكون الجعل تابعا لاقوى الملاكين، أو يثبت حكم ترخيصى مع عدم تمامية الملاك الإلزامى. هذا فى مقام الثبوت، و أما فى مقام الإثبات، فإذا طرأ على غيبة المؤمن عنوان يحتمل معه تبدل فسادها، و لم يكن ذلك العنوان الطارئ مورد الأمر أو الترخيص فى شىء من الخطابات الشرعية، فيؤخذ بإطلاق دليل حرمة الغيبة، و مع تعلق الأمر أو الترخيص بذلك العنوان فى خطاب، تلاحظ النسبة بينه و بين خطاب النهى عن الغيبة، على تفصيل مذكور فى بحث التعارض.

نعم إذا کان التزاحم بین حرمهٔ الغیبهٔ و تکلیف آخر من قبیل التزاحم بین التکلیفین، بأن لم یتمکن المکلف من الجمع بین امتثال النهی عن الغیبهٔ و موافقهٔ التکلیف الآخر المتعلق بفعل آخر، فیلاحظ الأهم منهما أو محتملهٔ.

و ما ذکره فی جامع المقاصد- من ان ضابط حرمهٔ الغیبهٔ قصد هتک المؤمن و إضحاک الناس منه، فلا یکون فی غیر ذلک حرمهٔ- لا یمکن المساعدهٔ علیه، فان القصد المزبور لا دخل له فی صدق الغیبهٔ، و لا فی ملاک حرمتها و مقتضی الإطلاق هو الحکم بها بأی قصد تحققت، إلا إذا کان فی البین انصراف أو دلیل مقید لحرمتها. و لا بأس بالتعرض للموارد التی ذکرها فی جامع المقاصد، فنقول لا ریب فی جواز الغیبهٔ فیما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۱۹۹

[أحدهما ما إذا کان متجاهرا بالفسق]

أحدهما ما إذا کان متجاهرا بالفسق (۱)

إذا کانت المقالهٔ الباطلهٔ من قبیل البدعهٔ فی الدین، و دعوهٔ الناس الی الضلالهٔ. و قد تقدم استفادهٔ جواز الغیبهٔ فی مثل هذا الفرض من صحیحهٔ داود بن سرحان «۱» بل البدعهٔ کذلک تجاهر بالفسق فلا یکون لصاحبها حرمهٔ. و أما التعدیل و الجرح، فإن الأول لا بأس به فإنه إظهار جلال الشخص و کماله، و کذا لا بأس بالثانی فیما إذا کان المغتاب کذابا جعالا أو متجاهرا بفسقه، کما إذا کان فطحیا أو واقفیا أو عامیا، حیث أن الراوی الکذاب یدخل فی المبدع فی الدین حتی فیما إذا کان متسترا بکذبه، بل و لا یبعد أن یقال بانصراف أدلهٔ حرمهٔ الغیبهٔ عن الاخبار بالفسق فی مقام الشهادهٔ، کما کان علی ذلک سیرهٔ المسلمین، حیث کانوا یشهدون بفسق الناس عند دعوتهم إلیها.

هذا مع أنه قد یمکن للرجالی- فیما إذا علم فسق الراوی- أن یترک توثیقه، فان هذا یکفی فی سقوط روایته عن الاعتبار، و لا یلزم التعرض لفسقه المستور (فتأمل)، و کذا الحال فی مدعی النسب، فإنه یمکن رد دعواه بنحو لا یکون ظاهرا فی کون دعواه من قبیل التعمد الی الکذب، کما إذا قال انک علی خطأ و لیس لک هذا النسب. و أما الغیبهٔ فی مقام النصح، ففی جوازها تأمل، حیث ان النسبهٔ- بین ما دل علی استحباب نصح المؤمن و ما دل علی حرمهٔ الغیبهٔ- العموم من وجه، و لا بد فی مورد الاجتماع من تقدیم قوله سبحانه وَ لا یَغْتَبْ کما هو الحال فی کل مورد تعارض الخبر و الآیهٔ بالعموم من وجه، مع ان دلالهٔ الآیهٔ علی العموم وضعی، فیقدم علی الإطلاقی حتی فیما إذا کان الإطلاقی فی الآیهٔ أیضا، و تفصیل ذلک فی الأصول. و علی کل فیمکن نصح المؤمن فی ذلک المورد بنحو لا یدخل فی عنوان الاغتیاب، کما إذا قال لأخیه المؤمن أنی لا أری صلاحا فی تزویج ابنتک من فلان، و لا یلزم ان یظهر أنه شارب الخمر مثلا.

(۱) و یستدل علی جواز اغتیاب المتجاهر بفسقه بأمور: (الأول)- روایهٔ هارون ابن الجهم عن الصادق (ع) قال: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمهٔ له و لا غیبهٔ» «۲»

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۱) الباب: (۳۹) من أبواب الأمر بالمعروف الحدیث (۱)

(۲) الوسائل الجزء (۸) الباب: (۱۵۴) من أبواب العشرهٔ الحدیث (۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۰۰

....

و فی سندها احمد بن هارون و لم یوثق. نعم روی الصدوق (ره) عنه مترضیا علیه، و لعل ذلک لا یخلو عن الإشعار إلی حسن حاله، و لکن لاعتبار بالاشعار.

(الثانی)- مرسلة المفید (ره) فی الاختصاص عن الرضا (ع)، قال: من القی جلباب الحیاء فلا غیبة له علی ما رواها فی المستدرک.

(الثالث)- ما رواه عبد اللّه بن جعفر الحمیری عن السندی بن محمد، عن أبی البختری عن جعفر بن محمد عن أبیه قال: «ثلاثة لیس لهم حرمة: صاحب هوی مبتدع، و الامام الجائر، و الفاسق المعلن بالفسق» «۱» و الروایة ضعیفة بأبی البختری، فإنه وهب بن وهب، و قال الفضل بن شاذان فی حقه أنه أکذب البریة.

(الرابع)- موثقة سماعة عن ابی عبد اللّه (ع) قال: من عامل الناس فلم یظلمهم، و حدثهم فلم یکذبهم، و وعدهم فلم یخلفهم، کان ممن حرمت غیبته و کملت مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته» فإن مفهومها انتفاء حرمة الغیبة مع انتفاء الشرط، و لکن المفهوم جواز غیبة الفاسق المحرز فسقه، سواء کان متجاهرا أو متسترا، حیث أن المذکورات فی الشرط بمجموعها طریق إلی عدالة الشخص، فیکون إحرازها إحرازا لعدالته و خلافها إحرازا لفسقه، و ترتب حرمة الاغتیاب علی صورة ثبوت الطریق الی عدالته مقتضاه عدم الحرمة فی الصورة الثانیة، کان متجاهرا بفسقه أم لا، و المفهوم المزبور أخص مما دل علی حرمة اغتیاب المؤمن، فیرفع الید عن إطلاقه بالمفهوم، فیختص ما دل علی حرمة الاغتیاب بما إذا لم یظهر فسق المغتاب. و لا فرق فی جوازها مع ظهوره بین کونه متجاهرا أو لا.

و لکن الصحیح أنه یرفع الید عن إطلاق المفهوم بالتقیید الوارد فی صحیحة ابن ابی یعفور التی هی الأمر الخامس فی المقام قال أبو عبد اللّه (ع) فیها بعد السؤال

---

(۱) الوسائل- الجزء (۸) الباب: (۱۵۴) من أبواب العشرة الحدیث (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۰۱

....

عن العدالة فی الرجل: «تعرفوه بالستر و العفاف و کف البطن و الفرج و الید و اللسان- الی ان قال:- و الدلالة علی ذلک أن یکون ساترا لجمیع عیوبه حتی یحرم علی المسلمین ما وراء ذلک من تفتیش عثراته و عیوبه، فان ظاهرها اعتبار الستر فی حرمة الفحص، عن عیوبه فیجوز مع عدم الستر، و لا یحتمل الفرق فی الجواز و عدمه بین التفتیش عن سائر عیوبه و بین إظهارها بعد العلم بها. و هذه الصحیحة مع روایة هارون ابن الجهم تکون قرینة علی رفع الید عن إطلاق المفهوم فی الموثقة.

(السادس) روایة علقمة المحکیة عن المحاسن «من لم تره بعینک یرتکب ذنبا و لم یشهد علیه شاهدان، فهو من أهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و إن کان فی نفسه مذنبا، و من اغتابه بما فیه فهو خارج عن ولایة اللّه تعالی داخل فی ولایة الشیطان» و ظاهرها أن حرمة الاغتیاب متفرعة علی کون الشخص من أهل الستر، و قبول شهادته علی کونه من أهل العدالة. و مقتضی هذا التفریع جواز اغتیابه عند عدم کونه من أهل الستر. و دعوی- أن قوله (ع): (و من اغتابه بما فیه) جملة مستأنفة مستقلة و غیر متفرعة علی کونه من أهل الستر، فتکون دلالتها علی جواز اغتیاب غیره ممن لا یکون ساترا لعیوبه من قبیل مفهوم اللقب- یدفعها أنها خلاف ظاهرها. نعم یمکن أن یقال بدلالتها علی عدم جواز الاغتیاب مع عدم إحراز فسق الشخص، کما إذا لم تره منه و لم تقم علیه شهادة. و علی جوازه مع علمه به أو قیام الشهادة علیه، بلا فرق بین المتجاهر و غیره، نظیر الإطلاق المتقدم فی الموثقة. و ما رفعنا به الید عن الإطلاق المزبور نرفع الید به عن إطلاق هذه الروایة أیضا.

و قد یقال: إن مفهوم روایة علقمة سالبة بانتفاء الموضوع، فان مفهومها من تری بعینک عصیانه أو قام علیه شهادة، فلیس من أهل العدالة و الستر، فلا تکون شهادته مقبولة و غیبته محرمة. و المراد أنه لا یکون ذکره عندک غیبة، فإنها کشف أمر مستور، و مع العلم

به لا یکون کشف للمستور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۰۲

و هل يجوز اغتياب المتجاهر فى غير ما تجاهر به (۱)

و فيه ما لا يخفى، فإنه لم يفرض فى الرواية ذكر ذلك الذنب حتى يقال لا يكون ذكره عند العالم به اغتيابا، بل المراد نفى الحرمة عن ذكر سائر عيوبه التى لا يعلم بها الشخص، و يكون ذكرها من الغيبة، فلا بد من حملها على المتجاهر كما تقدم.

ثم إنى لا أظن أن يتوهم دلالة الموثقة على وجوب الوفاء بالوعد و ذلك، لما ذكرنا من ان المذكور فيها طريق إلى عدالة الشخص، و يمكن جعل الالتزام بالمستحب الواحد طريقا إلى عدالة الشخص، فضلا عن جعل عدة أمور يكون الالتزام به أحدها.

نعم ربما يقال بأن مدلول الموثقة ترتب مجموع الأحكام المذكورة فى الجزاء على الشرط المذكور، فيكون مفهومها انتفاء المجموع بانتفاء الشرط، و هذا لا ينافى ثبوت بعض تلك الأحكام أى حرمة الغيبة فى فرض انتفاء الشرط. و يدفعه ظهور القضية فى ترتب كل واحد من الأحكام المزبورة على الشرط.

ثم إن مفاد رواية علقمة كون الأصل فى المؤمن العدالة، فيكفى فى ترتيب آثارها عدم إحراز الفسق، هذا هو المنسوب الى الصدوق (ره)، و لكن الاعتماد- فى ذلك على هذه الرواية مع ضعفها سندا و معارضتها لما دل على اعتبار إحراز العدالة فى ترتيب آثارها، كصحيحة عبد اللّه بن أبى يعفور- غير ممكن.

(۱) الأظهر جواز ذلك، كما عليه جماعة، و تقتضيه صحيحة ابن ابى يعفور، حيث أن ظاهرها جواز تفتيش سائر عيوب المتجاهر، فيجوز أيضا إظهار تلك العيوب بعد العلم بها، على ما تقدم من عدم احتمال الفصل بين الجوازين، و يدل عليه أيضا رواية هارون بن الجهم المتقدمة، حيث أن ظاهرها عدم الاحترام للمتجاهر حتى يتحفظ عليه بترك غيبته و عدم إظهار عيوبه المستورة عليه، بل المراد من نفى الغيبة له تجويز إظهار تلك العيوب خاصة، و الا فبالاضافة الى عيبه المتجاهر به لا تتحقق الغيبة أصلا.

و الحاصل أن هذه الرواية- و ما بعدها باعتبار ضعف إسنادها- مؤيدة، و العمدة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۰۳

نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره (۱)

[الثانى تظلم المظلوم]

الثانى تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم (۲)

فى المقام الصحيحة و الموثقة. و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا كان متجاهرا فى بلد دون آخر، فإنه يجوز بيان عيوبه حتى فى البلد الآخر لعين ما ذكر. نعم إذا كان ساترا لعيوبه و معتذرا عن عيبه المتجاهر به بارتكابه للاضطرار أو الإكراه أو التزاحم بينه.

و بين التكليف الآخر، أو بدعوى أنه يرى جوازه تقليدا أو اجتهادا، فان كان بطلان اعتذاره واضحا عند الناس فلا يعد الاعتذار سترا، و ان احتمل العذر و لو كان معلوم البطلان عند البعض الآخر، فلا يكون بارتكابه جاهرا بفسقه.

ثم إن ظاهر الأدلة كون الحكم ما دام كونه جاهرا، نظير قوله (ع): «لا تصل خلف الفاسق» فلا يجوز الاغتياب بعد ما صار الشخص ساترا لعيوبه، حتى بإظهار عيبه الذى كان عليه زمان تجاهره كما لا يخفى.

(۱) يعنى لو تأذى بالذم لا بظهور عيبه، بان لا يكون مجرد ظهوره مكروها له، فلا بأس باغتيابه بإظهار ذلك العيب و فى فرض كراهته له يجوز سبه بما لا يكون كذبا، و لكن لا يجوز اغتيابه حيث ان مناط السب المذمة و التنقيص، فيجوز و مناط الغيبة إظهار عيبه، فلا

يجوز الا مع الرخصة أو عدم الكراهة (أقول): هذا الكلام عجيب منه (ره) حيث تعرض سابقا لسب المتجاهر بفسقه و استظهر جوازه من دليل جواز اغتيابه، و هنا فصل بين غيبة المتجاهر و ذكر عدم جوازها فيما إذا كان ظهور عيبه مكروها و بين سبه و ذكر جوازه بما لا يكون كذبا حتى مع تأذية.

(٢) يستدل على جواز تظلم المظلوم عن ظالمة بقوله سبحانه وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولٰئِكَ مٰا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ «١» و لكن لا يخفى ما فيه، فان ظاهرها جواز انتقام المظلوم عن ظالمة، كما يؤيده ملاحظة ما قبلها من قوله عز و جل وَ جَزٰاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهٰا فَمَنْ عَفٰا وَ أَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللّٰهِ إِنَّهُ لٰا يُحِبُّ الظّٰالِمِينَ «٢» و اما جواز

---

(١) سورة (شورى) الاية (۴٠)

(٢) سورة (شورى) الاية (٣٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠۴

....

الاغتياب من ظالمة بإظهار ظلمه أو حتى سائر عيوبه المستورة عليه، فلا دلالة لها عليه، بل مقتضى قوله تعالى فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ المماثلة فى الانتقام. نعم لو كان ظلمه هو الاغتياب و التنقيص المسقط للمغتاب بالفتح عن أعين الناس، فيجوز للمغتاب الانتقام من ظالمة بإظهار عيوبه، و قوله سبحانه لٰا يُحِبُّ اللّٰهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلّٰا مَنْ ظُلِمَ فإنه فى نفسه دال على جواز إظهار المظلوم مساوئ ظالمة، بلا حاجة الى الرواية أو قول بعض المفسرين، لان قوله سبحانه مِنَ الْقَوْلِ كما مر سابقا بيان للجهر بالسوء و إظهاره.

و الحاصل ان ظاهر الآية حرمة إظهار الإنسان المساوئ و القبائح التى ارتكبها هو أو غيره، إلا إذا كان الجاهر بها مظلوما يجهر بمساوئ ظالمة، و مناسبة الحكم و الموضوع مقتضاها دخل الظلم فى جواز الاغتياب، بحيث لو لا ظلمه لما جاز اغتيابه و أما اختصاص الجواز بخصوص ظلمه بحيث لا يجوز إظهار سائر عيوبه، فلا تقتضيه المناسبة، بل مقتضاها بيان جميعها حتى يحصل للناس إمكان التصديق بظلمه.

ثم ان المصنف (ره) أيد جواز التظلم بأن فى منع المظلوم عنه حرجا عليه، حيث ان التظلم نوع من التشفي. و لا يخفى ما فيه، فإنه ليس فى البين الحرج الرافع للتكليف، خصوصا فيما إذا كان للمظلوم حجة على ظالمة تمكنه من طرح دعواه فى المحاكم للأخذ بحقه، و بان فى جواز التظلم و تشريع الجواز مظنة ردع للظالم. و فيه ان هذا على تقدير تماميته لا يختص بالمظلوم، لعدم اختصاص منع الغير عن المنكر بشخص دون شخص. و بهذا يظهر الحال فيما استظهره مما ورد فى اغتياب الإمام الجائر، حيث أن جواز اغتيابه لا يختص بخصوص المظلوم، بل يعم كل شخص، فيجوز لهم ذكر عيوبه. نعم فى النبوى لصاحب الحق مقال، و ظاهره جواز إظهار المظلوم حقه و بيان ما اصابه من الظلم و لو كان البيان إظهارا لعيب الآخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠۵

مع أن المروى عن الباقر (ع) فى تفسيرها (١) و يظهر من بعض الاخبار جواز الاشتكاء (٢) و يمكن الاستدلال عليه (٣).

و الحاصل أن قوله سبحانه لٰا يُحِبُّ اللّٰهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ بنفسه كاف فى إثبات جواز بيان المظلوم عيوب ظالمة، بلا فرق بين كون عيبه ظلما أو غيره، و بلا فرق بين ان يكون فى إظهارها مظنة ازالة الظلم عنه، كما إذا أظهرها عند من يمكن له إزالته، أو لم يكن فى إظهارها إلا بيان عيوبه و إسقاطه عن أعين الناس، كما هو مقتضى إطلاق الاستثناء و عدم تقييده بمقام مظنة دفع الظلم. و ما فى كلام

المصنف (ره) من عدم العموم فی الآیة، فإن أراد نفی الإطلاق فقد ذکرنا ثبوته کما هو مقتضی أصالة ورودها فی مقام البیان من جهتی المستثنی و المستثنی منه و إن أراد عدم العموم الوضعی فإثبات عموم الجواز لا یحتاج الیه کما مر.

(۱) لا یخفی أن قوله سبحانه لا یُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ بنفسه ظاهر فی أنه یجوز للمظلوم اغتیاب ظالمة، و یکون الانتصار باغتیابه مما یجوز الانتصار به فی الدین، فالروایة لا تنافی الآیة، بل الآیة حاکمة علی مفادها مع أنه لا یمکن رفع الید عن ظاهرها بمثل تلک المرسلة.

(۲) و هی روایة حماد بن عثمان «۱» و فی سندها ضعف بمعلی بن محمد، و علی روایة الشیخ (ره) بمحمد بن یحیی الصیرفی، و مرسلة ثعلبة بن میمون «۲» و لا دلالة لهما ایضا علی جواز الاغتیاب بترک الأولی فإن الشکوی لا یکون من الاغتیاب دائما و لعل الشکوی المفروضة فی الروایتین لم تکن اغتیابا.

(۳) أی علی جواز الاغتیاب فی مقام الاستفتاء مع توقفه علیه (لا یقال) کما یمکن الاستفتاء بإظهار السائل عیب أمه و سوئها، کذلک یمکن بطرح السؤال بنحو الفرض و التقدیر، بان یقول لو ارتکبت أم أحد الفعل الفلانی فما وظیفة ابنها، و طرح السؤال

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۳) الباب: (۱۶) من أبواب الدین- الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۵۶) من أبواب العشرة- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۶

مدفوع بالأصل (۱) مضافا الی أدلة النهی عن المنکر (۲)

فی الروایة بنحو الاغتیاب و عدم ردع النبی (ص) دلیل علی جواز الاستفتاء بنحو الاغتیاب حتی مع عدم توقفه علی ذکر الفاعل بالخصوص (فإنه یقال) لا إطلاق فی الروایة، فإنها ناظرة إلی قضیة شخصیة، و لعل السائل کان غافلا عن طرح السؤال فیها بالنحو الآخر.

و الحاصل ان المتیقن هو الجواز فی صورة توقف الاستفتاء کما لا یخفی.

(۱) الرجوع فی المقام الی الأصل من الغرائب، فإن أم السائل جاهرة بفسقها أو لا لا یکون له أثر شرعی بالإضافة إلینا، حتی نرجع الی الأصل، بل ظاهر الروایة انه لم یردع رسول اللّه (ص) الولد عن اغتیاب أمه أو قذفها، و عدم ردعه (ص) یکون کاشفا عن جواز فعل الولد، إما لکونها مشهورة بالزنا أو لکون ذکرها للغفلة أو لغیرها، و لیس فی البین ما یعین شیئا من ذلک.

(۲) و لکن مجرد عموم أدلتها لما إذا توقف النهی علی الاغتیاب أو علی محرم آخر لا یوجب تقدیم النهی عن المنکر، بل وجوبه مع حرمة الاغتیاب أو محرم آخر من المتزاحمین یراعی جانب الأهم أو محتمله، و لا یبعد ان یستفاد الأهمیة فی جانب التکلیف بالردع فی مورد تزاحمه مع حرمة الغیبة أو مثل الضرب أو الشتم من مثل صحیحة عبد اللّه بن سنان المتضمنة لأمر الولد بحبس أمه لردعها عن محارم اللّه.

و الحاصل انه لا ینبغی التأمل فی جواز الاغتیاب فیما إذا توقف علیه الأمر بالمعروف أو الردع عن المنکر، فإنه علی تقدیر عدم استفادة تعین رعایتهما عن الصحیحة فلا ریب فی استفادة جوازهما، فإن غایة الأمر ان وجوب الردع مع حرمة الاغتیاب فی مورد التوقف من المتزاحمین، و تکون الأهمیة فی کل منهما محتملة، و الحکم مع احتمالها فی کل من المتزاحمین هو التخییر اللهم الا ان یقال بان الأمر بالمعروف و الردع عن المنکر لا یجبان مع انحصار مقدمتهما بالمحرم.

ثم إن التزاحم إنما یکون فی فرض توقف النهی عن المنکر علی الاغتیاب بأن توقف ردع المغتاب عن الفعل المنکر علی الاغتیاب أولا ثم نهیه عنه حتی یؤثر فی

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۰۷

[و يحرم استماع الغيبة]

و يحرم استماع الغيبة (۱).

الارتـداع. و أما إذا كان الاغتياب بنفسه كافيا فى ارتداعه، كان خطاب وجوب نهى الغير و ردعه عن ارتكاب المنكر مع خطاب النهى عن الاغتيـاب من المتعارضـين يجتمعـان فى الفرض، و بمـا أن الكتاب المجيـد دال على كلا الحكمين يسـقط الإطلاق من الخطابين، فيحكم فى الفرض بجواز الاغتيـاب بأصالـة البراءة عن حرمته كمـا لاـ يخفى (لاـ يقـال): دلالـة النهى عن الاغتياب فى الكتاب المجيد بـالعموم، كمـا هـو مقتضـى وقـوع الجنس فى حيز النهى أو النفى، و دلالـة الكتـاب على وجوب الأـمر بـالمعروف و النهى عن المنكر بالإطلاق و مع وقوع المعارضـة بالعموم من وجه يقـدم العموم على الإطلاق، كما هو المقرر فى محله (فإنه يقال): نعم، و لكن يسـتفاد جواز الاغتياب فى الفرض من صـحيحة عبد اللّه بن سـنان، و ذلك فان قوله سبحانه فَلا تَقُلْ لَهُما أُفٍّ دلالته على حرمة إيذائها بحبسها أو ضربها بالعموم و دلالة الكتاب على أمرها بالمعروف و نهيها عن المنكر بالإطلاق. و مع ذلك ذكر سلام اللّه عليه فيها أن منعها عن المنكر بما ذكر من أفضل الصدقة. و لا يحتمل الفرق بين جواز ضربها و حبسها و بين اغتيابها.

و على الجملة ما ذكر فى محله من تقديم العموم على الإطلاق فيما لم تكن قرينة أخرى على الجمع، و الصـحيحة فى المقام قرينة عليه و لكن لا يخفى أنه لا يسـتفاد منها وجوب منعها عن المنكر بما ذكر، بل غايـة مـدلولها جواز المنع أو اسـتحبابه فى مورد توقف المنع على مثل الضرب و الحبس أو اتحاده معهما، و عدم إمكان المنع بغيرهما كما لا يخفى.

(۱) و حاصـله أن الاستماع و الإصغاء إلى الاغتياب محرم بلا خلاف، و يدل عليه بل على كونه من الكبائر ما ورد من أن السامع للغيبة أحـد المغتابين، فإنه ان كان لفظ المغتابين بصـيغة التثنيـة يكون ظاهرا فى ان السامع للغيبـة كصاحبه الذى أظهر سوء الآخر و عيبه، فان كان المغتاب بالكسـر عاصـيا بإظهاره كان السامع ايضا كـذلك، و إن لم يكن عاصـيا كما إذا كان المغتاب بالفتح متجاهرا بالفسق لم يكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۰۸

....

عصـيان للسـامع ايضـا، و إذا لم يعلم السامع جواز فعل المتكلم، كما إذا احتمل كون المغتاب بالفتـح مسـتورا، فالاسـتماع اليه- على ما قيل- جائز لحمل فعل المتكلم على الصحة.

قال فى كشف الريبة: (إذا سـمع أحد مغتابا لآخر و هو لا يعلم أن المغتاب بالفتح يستحق الغيبة أو لا، قيل لا يجب نهى القائل، لإمكان اسـتحقاق المغتاب بالفتح فيحمل فعل القائل على الصـحة ما دام لم يعلم فساد قوله و حرمته، و ايضا منع القائل و نهيه عن قوله يسـتلزم انتهاك حرمـة القائل، و يجب على السامع التحفظ على حرمة القائل، كما يجب عليه التحفظ على حرمة المغتاب بالفتح بترك اغتيابه) ثم قال:

(الاولى التنزه عن ذلك حتى يخرج المخرج منه، لعموم الأدلـة أى أدلـة وجوب رد الغيبة و انتصار المؤمن و عدم الاسـتفصال فيها عن إحراز كون القائـل ممن لاـ يجوز له الاغتيـاب، فيجب معه رد الغيبـة و نهيه عنها و عن احتمال جوازه له، فلا يجب ردها و نهيه عنها، و لاـنه لو لم يجب رد الغيبـة فى فرض احتمـال جواز الاغتيـاب للقائـل لم يجب ردهـا فيما إذا أحرز أن المغتاب بالفتـح انسان مسـتور لا يجوز اغتيـابه، فـإنه فى الفرض ايضـا يحتمل ان يكون عنـد القائل مجوز لاغتيابه لم نعثر عليه و الالتزام بالجواز فى ذلك هـدم لقاعـدة

النهی عن الغیبة) انتهی.

و لا یخفی ان عدم وجوب ردع القائل کما فی کلام کشف الریبة غیر جواز الاستماع، و یمکن أن یقال بعدم وجوب الرد علی القائل فی مورد احتمال جواز اغتیابه، و لکن لا- یجوز الاستماع الیه، و هذا ظاهر قوله (ع) السامع للغیبة أحد المغتابین علی تقدیر قراءته بصیغة الجمع، حیث أن مقتضی قراءته بصیغة الجمع أن یکون السامع للغیبة کالمتکلم بها، و کما لا یجوز الاغتیاب و إظهار سوء الغیر مع عدم إحراز کون فاعل المنکر متجاهرا، کذلک لا یجوز السماع مع عدم هذا الإحراز، و لکن یظهر التسالم أو عدم الخلاف فی حرمة استماع الغیبة بما هو استماع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۹

....

إلیها و لیس فی البین روایة علی تحریمه غیر مثل ما عن تفسیر ابی الفتوح من أن السامع للغیبة أحد المغتابین، و لا یمکن الاعتماد علی مثلها فی الحکم بحرمة استماعها، فضلا عن الحکم بکون الاستماع من الکبائر. نعم رد الغیبة واجب علی سامعها کما هو ظاهر غیر واحد من الروایات کموثقة إبراهیم بن عمر الیمانی عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «ما من مؤمن یخذل أخاه المؤمن و هو یقدر علی نصرته الا خذله اللّه فی الدنیا و الآخرة «۱»» و المراد بالخذلان ترک النصرة بقرینة المقابلة.

و قریب منها بل أظهر منها غیرها فراجع، و مقتضاها عدم الفرق فی وجوب الرد بین علم السامع بان المغتاب بالفتح ممن لا یجوز اغتیابه أو احتمل جوازه. نعم فی الفرض الثانی لا- یجوز الرد بنحو یکون هتکا للمغتاب بالکسر و منافیا لحمل فعله علی الصحیح، بمعنی عدم صدور المعصیة منه، فیجب علیه الرد بنحو یحفظ فیه کرامة المغتاب بالفتح و الحمل علی الصحة.

و المتحصل أن هنا أمورا ثلاثة: (الأول) نهی القائل عن الاغتیاب باعتبار أن نهیه عنه داخل فی عنوان النهی عن المنکر، فیجب، و یختص بما إذا أحرز صدور الحرام عن القائل، و کون اغتیابه معصیة للّه سبحانه. و أما إذا احتمل صدوره حلالا، فمقتضی أصالة حمل فعله علی الصحة عدم وجوب نهیه، بل لا یجب النهی حتی مع الإغماض عن أصالة الصحة، حیث أن التمسک بدلیل وجوب النهی عن المنکر مع عدم إحراز المنکر من التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة.

(الثانی) الاستماع الی الاغتیاب، فهذا جائز عندنا علی الإطلاق، و لکن المنسوب الی المشهور، بل ادعی کما عن المصنف (ره) عدم الخلاف فی حرمته.

و الاستماع عندهم جائز فیما إذا أحرز جواز الاغتیاب، و أما إذا احتمل جوازه فیمکن لهم القول بالجواز، حیث أن مفاد الروایات کون حکم المستمع فی الوزر و عدمه حکم المغتاب بالکسر، و مع جریان أصالة الصحة فی فعل المغتاب بالکسر یحرز عدم الوزر له.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب (۱۴۶) من أبواب العشرة- الحدیث: (۹)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۰

....

(لا یقال) حمل فعل القائل علی الصحة ینافی أصالة عدم کون المغتاب بالفتح متجاهرا حتی یجوز اغتیابه، بل الأصل أنه لم یرتکب حراما أصلا (فإنه یقال) أصالة الصحة فی فعل القائل لا ینافی تلک الأصول، فإن أصالة الصحة معناها عدم إسناد المعصیة إلی القائل، کما هو مفاد قوله سبحانه قُولُوا لِلنّاسِ حُسْناً و یمکن أن یکون القائل معذورا لم یعص اللّه فی اغتیابه، بان کان معتقدا بصدور الحرام من الغیر، و کون ذلک الغیر متجاهرا مع خطأه فی اعتقاده، و لا یکون ذلک الغیر ایضا عاصیا فی الواقع، کما هو مفاد أصالة عدم کونه

متجاهرا، بل و لا مرتكبا للحرام، و لكن الصحيح كما ذكرنا عدم تمام الدليل على حرمة الاستماع، حتى فى فرض إحراز ان القائل يعصى اللّه باغتيابه، و ذلک فان الروايات الواردة فى المقام كلها ضعيفة سندا، غير قابلة للاعتماد عليها.

(لا يقال): لا يمكن احتمال كذب تمام تلک الروايات و عدم صدور شىء منها عن الامام (ع) بل دعوى الوثوق بصدور بعضها عنهم (ع) قريبة جدا (فإنه يقال) على تقدير تسليم ذلک، فيمكن أن يكون الصادر عنهم (ع) مقترنا بقيد لم ينقل إلينا ذلک القيد، و هو الاستماع الى الاغتياب مع السكوت عليه، و عدم رده، و لا يعتبر السند فى شىء من تلک الروايات. ليقال مقتضى اعتبار خبر الثقة أو العدل هو الإطلاق، و عدم صدور القيد عنه (ع).

(لا- يقال) كيف لا يكون الاستماع محرما و قد ورد فى غير واحد من الروايات أن عورة المؤمن على المؤمن حرام، و فسرت بإذاعة سره، و أيضا قد تقدم أن الغيبة معناها كشف ستر المؤمن، و الكشف و الإذاعة- كما يكون بفعل القائل- كذلک يكون بفعل السامع، حيث أنه مع استماعه إلى الغيبة يحصل الكشف و الإذاعة، (فإنه يقال): ربما يكون حصول فعل من أحد موقوفا على فعل الآخر، كما فى ضرب زيد عمرا، فان وقوف عمرو و عدم فراره من يد زيد دخيل فى تحقق الضرب، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۱۱

ثم انه قد يتضاعف عقاب المغتاب (۱) و يمكن القول بتعدد العقاب (۲) روى فى الوسائل (۳) يرحم عبرته (۴)

حصول عنوانه، إلا أن الضرب يستند صدورا الى زيد، لا الى عمرو، فلو فرض دليل على حرمة ضرب أحد مؤمنا، فهذا الدليل يشمل فعل زيد لا عمرو، و هنا ايضا استماع السامع دخيل فى حصول كشف سر المؤمن و اذاعة عيبه، إلا أن الكشف و الإذاعة يستند إلى القائل أى إلى المغتاب بالكسر لا الى السامع كما لا يخفى.

(و الأمر الثالث) رد الغيبة و انتصار أخيه المؤمن أى المغتاب بالفتح، و هذا الانتصار كما تقدم واجب إلا فيما إذا لم يكن للمغتاب بالفتح احترام، كما إذا كان متجاهرا بالفسق، و هذا الرد غير النهى عن المنكر، فيمكن الجمع بين حمل فعل القائل على الصحة، بمعنى عدم اسناد الحرام اليه، و بين التحفظ على كرامة المغتاب بالفتح برد غيبته و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) كما تشهد له موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على (ع) قال قال رسول اللّه (ص): «يجىء يوم القيامة ذو الوجهين والعا لسانه فى قفاه، و آخر من قدامه يلتهبان نارا حتى يلهبا جسده ثم يقال كان فى الدنيا ذا وجهين و لسانين يعرف بذلک يوم القيمة» «۱»، و نحوها غيرها.

(۲) هذا إذا كانت الغيبة بمعنى ذكر ما يكرهه الإنسان، و الا فهى بالمعنى الذى ذكرناه و هو كشف العيب المستور على المؤمن لا تجتمع مع البهتان أصلا.

(۳) الرواية سندها ضعيف «۲».

(۴) أى يترحم لدمعته و حزنه و يتلطف عليه.

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۸) الباب: (۱۴۳) من أبواب أحكام العشرة- الحديث (۵).

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب (۱۲۲) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (۲۴).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۱۲

يقيل عثرته (۱) و يرعى ذمته (۲) يستنجح مسألته (۳) و يبر انعامه (۴) و يصدق اقسامه (۵) قوله (ره) لا يسلمه (۶).

---

(۱) الإقالة بمعنى الفک و منه قوله يا مقيل العثرات، كأن المراد فكه عن الزلة و خلاصه عن خطأه.

(۲) أی یرعی العهد إلیه بأن لا ینقضه.

(۳) أی یسعی فی تحقیق حاجته إلیه.

(۴) أی یقبله و لا یرده.

(۵) أی یحسبها صادقة علی ما یقتضیه حمل فعل المسلم علی الصحة بمعنی عدم صدور الحرام منه.

(۶) من باب الأفعال أی لا یخذله، فیکون عطف لا یخذله علیه من التفسیر.

ثم إنه ذکر المصنف (ره) ظهور الروایة فی ثبوت الحقوق لکل مؤمن علی أخیه المؤمن إلا انه لا بد من حملها علی المؤمن العارف بحقوق الآخرین، و الراعی لها بحسب إمکانه، و ذکر فی وجه الحمل أمورا:

(الأول) المقاصة فیها باعتبار وقوع التهاتر فی الحقوق، کوقوعه فی الأموال، فإن من لا یراعی حقک علیه، لا یلزم علیک، أداء مثل ذلک الحق إلیه، حیث أن التهاتر کذلک أمر ارتکازی عند العقلاء فی الأموال و غیرها، و یدل علیه ما عن الصدوق فی الخصال و کتاب الاخوان و الکلینی بسندهما عن ابی جعفر (ع) قال: «قام الی أمیر المؤمنین (ع) رجل بالبصرة، فقال أخبرنا عن الاخوان، فقال (ع): الاخوان صنفان إخوان الثقة و اخوان المکاشرة، فأما إخوان الثقة فهم کالکف و الجناح و الأهل و المال، فإذا کنت من أخیک علی ثقة فابذل له مالک و یدک و صاف من صافاه، و عاد من عاداه، و أکتم سره و عیبه، و أظهر منه الحسن. و اعلم أیها السائل أنهم أعز من الکبریت الأحمر، و أما إخوان المکاشرة فإنک تصیب منهم لذتک فلا تقطعن ذلک منهم، و لا تطلبن ما وراء ذلک من ضمیرهم، و ابذل لهم ما بذلوا لک من طلاقة الوجه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۱۳

[القمار]

اشارة

و هنا مسائل أربع (۱)

و حلاوة اللسان» «۱» فان المراد بکونه علی ثقة من أخیه، الثقة من رعایة الحقوق، و مقتضاها أن من لا یراعی تلک الحقوق و لا یبذل لک غیر طلاقة الوجه عند الملاقاة کما هو ظاهر المکاشرة، فلیس علیک الا مثل ما بذله، دون الحقوق، و السند علی روایة الکلینی معتبر.

(أقول) لیس مقتضی هذه الروایة ان لا یجب مثل رد الغیبة علی الشخص فیما إذا لم یراع المغتاب ردها فی حقه، لما تقدم من أن ردها واجب علی السامع، و لیس فی البین ما یدل علی کونه من الحقوق الساقطة بالتهاتر.

(الثانی)- ما دل علی نفی الصداقة عمن لا یراعی حقوقها، و إذا لم یکن الشخص صدیقا لک لا یکون أخا، و فیه الصداقة أخص من الأخوة، فلا یکون نفیها نفیا للاخوة حتی تنتفی الحقوق الثابتة لها.

(الثالث) ما دل علی نفی الأخوة عمن لا یواسی أخاه المؤمن، و فیه أن المراد نفی الأخوة الکاملة لا الأخوة فی مجرد الایمان، و الا لجاز اغتیابه بمجرد ترکه المواساة، و الحقوق فی الروایة ثابتة للإخوة فی الایمان، فلاحظ.

و لا یخفی ان المذکور فی الروایة من الحقوق کسائر المستحبات التی لا یوجب عدم التمکن من رعایتها بالإضافة الی جمیع المؤمنین إلا وقوع التزاحم بینها، لا سقوط استحبابها، فلا یقال بان عدم التمکن علی جمیعها باعتبار عدم سعة وقت الإنسان لأدائها قرینة علی عدم استحبابها، و بعبارة أخری عدم التمکن علی الجمع بینها فی الأداء لکل مؤمن، یوجب کونها کسائر المستحبات المتزاحمة، لا

سقوط استحبابها.

(۱) (الاولی) اللعب بالآلات مع العوض، و لا ینبغی الریب فی حرمته و حرمة العوض، و یکفی فی إثبات حرمة اللعب قوله عز من قائل إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ.

حتی إذا قلنا بأن المراد بالمیسر هو الآلات لا نفس المقامرة، حیث أن تحریم تلک الآلات

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۳) من أبواب العشرة- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۱۴

....

معناه المنع عن اللعب بها بالعوض أو مطلقا کما لا یخفی، کما یکفی فی حرمة العوض و عدم صیرورته ملکا للغالب، قوله سبحانه لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ* حیث أن ظاهر الأکل کما تقدم التملک و وضع الید، و مقتضی النهی عنه- کالنهی عن سائر المعاملات- هو الفساد و الحاصل أن اللعب بآلات القمار بداعی تملک العوض أمر محرم، و یکون أخذ العوض بإزاء غلبته فی اللعب أکلا له بالباطل.

(الثانیة) اللعب بآلات القمار بلا عوض، و الأظهر فی هذه الصورة حرمة اللعب، کما هو مقتضی ظاهر صحیحة زید الشحام قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن قول اللّه عز و جل فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثٰانِ وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ قال: الرجس من الأوثان الشطرنج، و قول الزور الغناء» «۱» و روایة السکونی عن ابی عبد اللّه (ع)، قال:

«نهی رسول اللّه (ص) عن اللعب بالشطرنج و النرد» «۲» و نحوهما غیرهما. و دعوی- انصراف مثلهما الی ما إذا کان فی اللعب عوض- لا یمکن المساعدة علیها، حیث أن اللعب بهما من غیر عوض لیس بأمر نادر. لتکون ندرته منشأ له. نعم لا یمکن الاستدلال علی حرمة هذا اللعب بما ورد فی حرمة القمار، لا من جهة الانصراف الذی ذکره المصنف (ره) فإنه قابل للمنع، بل لعدم إحراز صدق القمار علی اللعب بها من دون تعیین عوض للغالب.

ثم انه (ره) فرق بین روایة السکونی و بین روایة أبی الربیع الشامی عن ابی- عبد اللّه (ع) قال: «سئل عن الشطرنج و النرد، فقال: لا تقربوهما» «۳» و ذکر أن دعوی الانصراف فی الأولی قریبة، و فی هذه بعیدة، و لکن لا یخفی ما فیه، فإنه إذا کانت کثرة الافراد موجبة للانصراف فی الطبیعی، لکانت کثرة افراد القرب الی الآلات المزبورة أیضا موجبة للانصراف فی لفظ معنی القرب المضاف الی تلک الآلات.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۰۲) ما یکتسب به- الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۰۲) ما یکتسب به- الحدیث: (۹)

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۰۲) ما یکتسب به- الحدیث: (۱۰)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۱۵

و یؤید الحکم (۱)

و ذکر بعد ذلک أن الاولی الاستدلال علی حرمة اللعب فی هذه الصورة بروایة تحف العقول من قوله: «ما یجیء منه الفساد محضا لا یجوز التقلب فیه من جمیع وجوه الحرکات» و بما فی تفسیر القمی عن ابی الجارود فی قوله تعالی إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ وَ الْأَنْصٰابُ وَ

الْأَزْلٰامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطٰانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ قال: «أما الخمر فكل مسكر من الشراب- الى ان قال:- اما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر.

و اما الأنصاب فالأوثان التى كان يعبدها المشركون. و اما الأزلام، فالأقداح- الى ان قال:- كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشىء من هذا حرام من اللّه و هو رجس من عمل الشيطان».

(لا يقال) القمار فى هذه الرواية منصرف الى ما إذا كان فى اللعب رهن (فإنه يقال) ليس المراد معناه المصدرى لتتم دعوى الانصراف، بل المراد آلاته بقرينة قوله. و كل هذا بيعه و شراؤه و بقرينة قوله قبل ذلك: (أما الميسر فهو النرد) حيث أن النرد اسم للالة، كما أن البيع، و الشراء يتعلق بالآلات لا باللعب.

(أقول) لا يخفى ما فيه، فان رواية تحف العقول- كما ذكرنا مرارا- لا تصلح للاعتماد عليها، مع أن كون الآلات مما يجىء منها الفساد المحض أول الكلام، فإنه إذا جاز اللعب بها بلا عوض و رهن و لا يكون فيها الفساد المحض. و أما رواية القمى فمع الإغماض عن ضعف سندها بالقطع، فيأتى فيها ما ذكره فى الروايات السابقة من دعوى الانصراف، لا فى قوله: (و كل قمار ميسر) حتى يقال أن القمار فيه ليس بمعناه المصدرى، بل الانصراف فى قوله: (و الانتفاع بشىء من هذا حرام) حيث أن الانتفاع بها ينصرف الى فرده الشائع و هو اللعب مع العوض.

(۱) لا يخفى أن الرهن و العوض و ان لم يكن دخيلا فى كون اللعب بالآلات لهوا و باطلا إلا أنه لا دلالة لتلك الروايات على الحرمة، لأن مطلق الباطل و الاشتغال عن ذكر اللّه لا يكون محرما، و لذا جعلها (ره) مؤيدة للحكم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۱۶

المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار (۱)

---

(۱) (الثالثة) ما إذا كان اللعب بغير الآلات المعدة، و لكن مع الرهن على اللعب، و يظهر من كلمات جماعة فى باب السبق و الرماية عدم الخلاف فى حرمة هذا اللعب تكليفا كما يكون فاسدا، حيث قالوا: إنه لا خلاف. فى حرمة السبق بغير المنصوص إذا كان فى البين عوض. و أما إذا لم يكن عوض ففى حرمة السبق خلاف و ظاهر ذلك أن مورد الخلاف هنا- أى فيما إذا لم يكن فى البين عوض و هى الحرمة تكليفا- مورد الوفاق هناك، أى فيما إذا كان فى البين عوض، فان الفساد يعنى الحكم الوضعى لا يمكن كونه مورد الخلاف مع فرض عدم العوض فى البين. و كيف كان فيلتزم فى المقام- كما عن المصنف (ره) و غيره- بحرمة اللعب تكليفا و فساده وضعا، أى عدم صيرورة العوض ملكا للغالب، و يقال فى وجهه أمور.

(الأول) ان اللعب مع الرهن قمار، كما يفصح عن ذلك رواية العلاء بن سيابة عن ابى عبد اللّه (ع) «أن الملائكة تحضر الرهان فى الخف و الحافر و الريش، و ما سوى ذلك فهو قمار حرام» «۱» و فيه ان الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها. و الأخذ بإطلاق القمار فى بعض الروايات يحتاج إلى إثبات عدم دخل الآلات فى صدقه.

(الثانى) مرسلة الصدوق (ره) قال: «قال الصادق (ع): إن الملائكة لتنفر عند الرهان، و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الريش و النصل» «۲».

(الثالث) بما فى تفسير العياشى عن ياسر الخادم عن الرضا (ع)، قال: «سألته عن الميسر قال: الثقل من كل شىء، قال: و الثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم» «۳» و لا يخفى أن مفاده حرمة العوض فى كل رهان لا حرمة نفس الرهان

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۳) الباب: (۳- ۱) من أبواب السبق- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۳) الباب: (۳- ۱) من أبواب السبق- الحديث: (۶)

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) باب: (۱۰۴) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۷

فقد استظهر بعض مشایخنا المعاصرین اختصاص الحرمة بما کان بالآلات المعدة للقمار (۱).

و اللعب تکلیفا، أضف الی ذلک ضعفه سندا و عدم کونه صالحا للاعتماد علیه.

(الرابع) صحیحة معمر بن خلاد عن ابی الحسن (ع)، قال: «النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزلة واحدة، و کل ما تقومر علیه فهو میسر» «۱» و لا یخفی أن العموم فیها ایضا باعتبار العوض فی القمار.

(الخامس) روایة جابر عن ابی جعفر (ع)، قال: «قیل یا رسول اللّه ما المیسر؟

فقال کل ما تقومر به حتی الکعاب و الجوز» «۲» (لا یقال) ضعف السند فی بعض هذه الروایات منجبر بالشهرة و نفی الخلاف علی ما تقدم، (فإنه یقال) لم یعلم استناد المشهور فی التزامهم بالحرمة و الفساد الی هذه الروایات، بل لعلهم استفادوا الحکم مما ورد فی حرمة المیسر و القمار تکلیفا و وضعا أو استفاد بعضهم مما ورد من نفی السبق فی غیر الثلاثة، بدعوی ان المستفاد من النفی المزبور فی غیرها، حرمته.

(۱) الأظهر فی المقام حرمة اللعب تکلیفا و فساده وضعا، بمعنی عدم دخول العوض فی ملک الغالب فی اللعب و یشهد لذلک ما رواه الصدوق (ره) بإسناده عن العلاء بن سیابة، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن شهادة من یلعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا کان لا یعرف بفسق، قلت: من قبلنا یقولون، قال عمر هو شیطان، فقال: سبحان اللّه أ ما علمت ان رسول اللّه (ص) قال: إن الملائکة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الریش و النصل، فإنها تحضرها الملائکة.» «۳» و سند الصدوق الی العلاء بن سیابة- کما ذکر فی مشیخة الفقیه- صحیح، و العلاء ایضا لا بأس به،

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۰۴) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱)

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۳۳) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۴)

(۳) وسائل الشیعة: الجزء (۱۸) الباب: (۳۳) من أبواب الشهادات- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۸

لا معنی لاستحباب الوفاء به (۱)

فإنه من مشایخ ابن ابی عمیر، و ذکر الشیخ (ره) فی عدته أنهم ثقات. و أما دلالتها علی حرمة اللعب مع العوض فلأنها مقتضی لعن الملائکة صاحب الرهان، فان اللعن و ان أمکن ان یراد منه معنی یناسب کراهة الفعل ایضا، کما فی لعن رسول اللّه (ص) آکل زاده وحده، و النائم فی بیته وحده، و الراکب فی الفلاة وحده، إلا أن ظاهره مع عدم القرینة علی الخلاف حرمة الفعل، و إذا کان نفس اللعب مع الرهن محرما، کان أخذ الغالب العوض فاسدا، حیث أنه من أخذ العوض علی اللعب المحرم. هذا مع أنه لا یبعد صدق القمار علی اللعب المزبور، حیث ان اسناد الآلات الی القمار کإسناد سائر الآلات إلی سائر الأفعال، کآلات القتل و الفتح و القرض الی غیر ذلک و کما أنه لم تؤخذ الآلات فی مفاهیم تلک الأفعال، کذلک لم تؤخذ الآلة فی مفهوم القمار. و یؤید ذلک ملاحظة کلام اللغویین. و ما تقدم مثل روایة جابر الدالة علی أن المیسر کل ما تقومر به حتی الکعاب و الجوز، حیث لا یعد الکعاب و الجوز من آلات القمار. نعم لا- بد فی صدق القمار من کون الفعل الذی عین العوض علی الغالب فیه لعبا، فلا یطلق القمار بمعناه الظاهر عند العرف علی بعض الأفعال التی لا تعد من اللعب، حتی فیما إذا عین للغالب فیها عوض کالمسابقة علی النجارة أو البنایة أو الکتابة و

نحوها من الصناعات، و لکن عدم صدقه علیها لا یمنع عن الالتزام بحرمة الرهان فیها ایضا، علی ما استظهرناه من روایة العلاء ابن سیابة.

(۱) أی إذا کانت المعاملة فاسدة، فالعهد الذی قطعه العاقد علی نفسه لا یستحب الوفاء به، فان استحبابه ینافی فسادها، فان الوفاء فی المقام عبارة عن تسلیم العوض المفروض فی المراهنة إلی الغالب بعنوان أنه ماله، و مع الفساد لا یکون مالا له.

نعم لو أرید صورة الوفاء بان یملکه المال بتملیک جدید مجانا، و مع الإغماض عن تلک المعاملة فلا فرق فی جوازه بین القمار المحرم و اللعب الفاسد، غایة الأمر یکون التملیک الجدید مستحبا مع فساد اللعب. و لا یستحب فی القمار المحرم (أقول)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۹

نعم عن الکافی و التهذیب بسندهما عن محمد بن قیس (۱)

لا فرق فی الوفاء الصوری بین الصورتین، و الفرق باستحباب التملیک الجدید فی اللعب الفاسد و عدم استحبابه فی القمار بلا وجه.

(۱) سندها صحیح «۱» و کلمة (آکل) فی قوله (رجل آکل) من باب المفاعلة بمعنی المعاهدة علی الأکل، و ربما یقال بظهورها فی جواز المعاهدة المزبورة تکلیفا من جهة سکوت الامام (ع)، و عدم ردعه، و من الظاهر أن المعاهدة علی الأکل من قبیل الرهن علی اللعب بغیر الآلات، کالمراهنة علی رفع الحجر الثقیل و المصارعة و الطفرة، نعم دلالتها علی فسادها تامة، کما هو مقتضی منع الغرامة المفروضة فی صورة عدم أکل الشاة بتمامها، و لکن لا یخفی أن دلالتها علی الجواز بالإطلاق و السکوت فی مقام البیان، و مع ورود النهی فی سائر الروایات لا یتم الإطلاق، و أجاب المصنف (ره) عن الإطلاق بأن الإشکال فی الروایة بعدم ردع الامام (ع) وارد، حتی علی تقدیر جواز المعاهدة المزبورة تکلیفا، و ذلک فإن أکل الشاة بالمعاهدة الفاسدة کتصرف الطرف فی مال صاحبه فی سائر المعاملات الفاسدة محرم، مع أنه لم یذکر فی الروایة ردعه (ع) عن أکلها. ثم أمر فی آخر کلامه بالتأمل، و لعله لأجل الفرق بین المقام و سائر المعاملات الفاسدة، فإن التصرف فی مثل المقام من قبیل إذن المالک فی ماله، فإن أکل الشاة المفروضة باعتبار اباحة المالک و اذنه فیه حلال، حتی مع فساد المؤاکلة، حیث أن معنی فسادها عدم ترتب الضمان المزبور، و هذا بخلاف سائر المعاملات التی یکون تصرف الطرف فیها بعنوان کونه مالکا و لیس یملک مع فسادها حتی یجوز له التصرف. و أما الضمان فالظاهر أن أکل الشاة بتمامها شرط فی اذن مالکها فی أکلها مجانا، و لو بنحو الشرط المتأخر، فیکون أکلها ناقصا موجبا لضمانها بالقیمة کسائر القیمیات، و علی ذلک فالمراد فی الروایة من نفی الغرامة هی الغرامة المعینة فی المؤاکلة کما هو معنی فسادها.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۶) الباب: (۵) من أبواب الجعالة- الحدیث-: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۲۰

ثم ان حکم العوض من حیث الفساد (۱)

---

(۱) و یجب رد عین العوض مع بقائه، و بدله مع تلفه، کما فی جمیع المعاملات الفاسدة المفروض فیها ضمان المال. و أما ما ورد من قیء الامام (ع) البیض عند ما قیل له: إن الغلام قامر به، فهو لا ینافی ما ذکرنا من ضمان البدل مع التلف، فإن القیء لأجل أن لا یصیر البیض المزبور جزءا من بدنه الشریف، لا من جهة رده الی مالکه.

و هذه الروایة فی سندها عبد الحمید بن سعید و هو من مشایخ صفوان بن یحیی. و قد وثقهم الشیخ (ره) فی عدته، قال: بعث أبو الحسن (ع) غلاما یشتری له بیضا فأخذ الغلام البیضة أو بیضتین فقامر بها، فلما أتی به اکله، فقال له مولی له إن فیه من القمار، قال فدعا بطشت فتقیأ فقاءه» «۱».

و فيها إشكال من جهة ارتكاب المعصوم (ع) ما هو حرام واقعا، لكنه ضعيف فإن الإمام (ع) لا يمكن غفلته أو جهله بالأحكام المجعولة، فى الشريعة حيث ان ذلك ينافى كونه هاديا و دليلا على الحق و مبينا لاحكام الشرع. و أما الموضوعات الخارجية فعلمه (ع) بجميعها مطلقا أو عند إرادته الاطلاع عليها فلا سبيل لنا الى الجزم بشىء حتى نجعله منشأ الاشكال فى مثل الرواية، و ذكر السيد الخوئى طال بقاؤه أن الاشكال على أكله (ع) البيض المفروض يتم بتسليم أمرين: (أحدهما)- عدم إمكان جهله عليه السلام بالموضوعات أصلا. (ثانيهما) كونه (ع) مكلفا بالعمل حتى بعلمه الحاصل له بالإمامة. و أما إذا قيل بكونه مكلفا بالعمل بالحجة المتعارفة عند الناس من قاعدة اليد و أصالة الصحة و أصالة الحل و غيرها، فلا بأس بالأكل المزبور أخذا بالحجة الشرعية.

ثم إنه إذا علم (ع) الحال بالطريق المتعارف يعنى أخبار مولى له بكون البيض من الحرام، تقيأ تنزها لئلا يصير الحرام الواقعى جزءا من بدنه الشريف، مع عدم كون هذا حكما إلزاميا. و فيه أنه لا يمكن إجراؤه (ع) أصالة الصحة أو غيرها فى عمله

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۳۵) من أبواب ما يكتسب به حديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۲۱

إلا أن يقال بأن مجرد التصرف من المحرمات العلمية (۱). الرابعة المغالبة بغير عوض (۲)

مع علمه بالواقع، فان المقوم لموضوع الحكم الظاهرى الجهل بالواقع و المفروض انتفاؤه فى حقه (ع)، فدعوى كونه (ع) مكلفا بمقتضى الحجج الظاهرية الثابتة للجاهل بالواقع، مع علمه (ع) بالواقع كما ترى، فإنه من قبيل ثبوت الحكم بدون موضوعه.

(۱) كيف لا تثبت الحرمة للأكل مع الجهل، مع أن الموضوع لها مال الغير من غير تجارة أو من غير رضاه. و بعبارة أخرى مفسدة أكل الحرام و ترتبها عليه حتى حال الجهل به يوجب إنشاء الحرمة حتى مع الجهل، غاية الأمر الجهل بكونه مال الغير عذر فى مخالفة الحرمة الواقعية، كما فى جميع المحرمات الواقعية، فإنه تثبت عند الجهل بها أحكام ظاهرية، بخلافها، حيث إن الحكم الظاهرى لا ينافى الحرمة الواقعية حتى يوجب تقييدا فى إطلاق خطاب تلك الحرمة. و الحاصل أنه لو كانت العصمة منافية لارتكاب الحرام الواقعى و لو مع عدم تنجزه، لما كان ما ذكره المصنف (ره) صالحا لدفع المنافاة.

(۲) الصورة الرابعة المغالبة بغير الآلات بلا عوض، و لا ينبغى التأمل فى جوازها، فإنه مقتضى الأصل، بعد عدم شمول ما دل على حرمة القمار و الرهان للفرض، حيث أن المأخوذ فى معناهما بحسب المتفاهم العرفى العوض. و يطلق عليهما المراهنة بهذا الاعتبار، كما أنه لم يقم دليل على حرمة مطلق اللهو و الباطل، حتى تدخل فيه المغالبة فى هذه الصورة. و لا يمكن ايضا استظهار الحرمة من حسنة حفص عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «لا سبق إلا فى خف أو حافر أو نصل» «۱» اى النصال، حيث ان من المحتمل كون السبق بفتح الباء- كما نسبه فى المسالك الى المشهور- بمعنى العوض، و نفيه فى غير الثلاثة عبارة أخرى عن عدم صيرورة العوض ملكا للغالب فى المسابقة، بل على تقدير كونه بسكون الباء، فيحتمل أن يكون المراد

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۳) الباب: (۳) من أبواب أحكام السبق- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۲۲

كما يدل عليه ما تقدم من إطلاق الرواية بكون اللعب بالنرد أو الشطرنج بدون العوض قمارا (۱) و يشهد له إطلاق آلة القمار (۲).

نفى استحباب المسابقة فى غير الثلاثة. نعم ما ذكره المصنف- (ره) من انصراف السبق بسكون الباء إلى صورة الرهن، و يكون ظاهر نفيه، فساده كما هو مقتضى النهى عن المعاملة- لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا وجه للانصراف بعد كونه بمعناه المصدرى عاما

یشمل المسابقة مع الرهن و بدونه، و المسابقة بلا رهن کثیرة لا نادرة حتی یتوهم أن ندرتها موجبة له.

(۱) ذکر فی بعض الروایات أن الشطرنج و النرد میسر و قمار، و ظاهره کون اللعب بهما میسرا، حتی فیما لم یکن فی البین عوض، لان کونهما مع العوض قمارا لا- یحتاج الی البیان، إلا أن هذا الحکم تعبدی. و الغرض بیان حرمة اللعب بهما و لو بلا عوض، و اما لان القمار بمعناه العرفی یصدق علیهما بدون العوض، فلا معین له، و لا یمکن التمسک بأصالة الحقیقة، لإثبات عدم دخالة العوض، لانه لا اعتبار بها مع العلم بالمراد کما لا یخفی.

(۲) قد ذکرنا سابقا أن لفظ القمار بمعناه المصدری لا یزید علی سائر الألفاظ الدالة علی المعانی الحدثیة فی أن الآلة لا تکون مقومة و داخلة فی مفاهیمها، بخلاف العوض، فإنه داخل فی مفهومها. و الشاهد لذلک الاستعمالات العرفیة. و أما ما ذکره المصنف (ره)- من أن إطلاق آلة القمار علیها موقوف علی عدم دخول الآلة فی مفهوم القمار، أو ما ذکره السید الخوئی طال بقاؤه من أن لازم دخول الآلة فی معنی القمار عدم صدقه علی المراهنة بالآلات المخترعة جدیدا و لزوم الدور- فلا یمکن المساعدة علی شیء من ذلک، فإنه یمکن أن لا- یکون المأخوذ فی معنی القمار خصوص الآلات فی ذلک الزمان، بل الأعم منها بحیث یعم الآلة المخترعة فعلا، و- أخذ الآلة کذلک فی اللعب بحیث یکون نفس الآلة خارجا عن دائرة المعنی و التقیید بها داخلا- لا یوجب أی محذور لا الدور و لا غیره، فإنه علی ذلک یکون معنی لفظ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۲۳

[بقی فی المقام أمران]

القمار الحصة من المراهنة لا مطلقا، و اضافة تلک الآلات الی القمار تکون بمعنی فی، کما فی قولنا، العوض و الرهن فی القمار.

بقی فی المقام أمران: (الأول) ان حکم المباراة المتعارفة المسماة بکرة القدم و الطائرة أو السلة) و غیرها التی یعین فیها الجائزة من الحکومات أو الأندیة للفائزین، و لا یکون اللعب فیها بآلات القمار، و الأظهر جوازها تکلیفا و وضعا، فتکون الجائزة للفائز کأسا کانت أو غیره، و ذلک فان المحکوم علیه بالحرمة هو القمار و المراهنة و اللعب بالآلات المعدة للقمار. و المفروض عدم کون المباراة لعبا بآلات القمار، کما ان عنوان القمار أو المراهنة لا ینطبق علیها، حیث أن المعتبر فیهما کون المال من المغلوب، و لا یعمان ما إذا کانت هبة من شخص ثالث للفائز، کما صرح بذلک بعض أهل اللغة، و یظهر أیضا بمراجعة الاستعمالات العرفیة، و ان لم یکن هذا جزمیا، فلا أقل من احتماله، و هذا یمنع عن الرجوع الی إطلاق خطاب حرمة القمار أو المراهنة، و إذا جاز اللعب صح تملک الجائزة أخذا بإطلاق دلیل الهبة أو الجعالة أو غیرهما.

(الثانی): فی حکم شراء الأوراق المرسومة فی عصرنا المسماة بأوراق الیانصیب (بلیط بخت آزمایی) و لا ینبغی الریب فی بطلان بیعها و شرائها، حیث ان الأوراق لا تکون بنفسها أموالا، نظیر الأوراق النقدیة و الطوابع المالیة و البریدیة، لیکون أخذها من شراء الشیء المحکوم علیه بالحلیة تکلیفا و وضعا، بل یکون إعطاء المال و بذله باعتبار الرقم الموجود فی کل ورقة، لاحتمال وقوع الجائزة علی ذلک الرقم، و لذا لو تلفت الورقة بان احترقت عند من یحتجزها، و ثبت ذلک عند المؤسسة، فإنها ربما تعطی الجائزة للشخص المزبور بوقوعها علی ذلک الرقم. و الحاصل ان المبادلة واقعا بین المال و تلک الجائزة المحتمل وقوعها علی الرقم، و الورقة سند لها، و هذا لا یکون بیعا صحیحا، فان المعتبر فیه وجود المبیع و العلم به، فیکون المقام نظیر الشبکة المطروحة المحتمل وقوع الصید فیها، فإنه لا یصح تملک العوض بإزاء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۲۴

[القيادة حرام]

القيادة حرام (۱)

الصيد المحتمل، بل هذا أشبه بالقمار، و يكون نظير القطعات من الخشب أو غيرها التى يكون فى كل منها رقم، و يعين لبعض تلك الأرقام بعض الأموال و تطرح فى الكيس، و يعطى انسان درهما أو أكثر و يخرج منها قطعة بداعى وقوع المال على الرقم فيها.

و الحاصل ان شراء الأوراق مندرج فى البيع الفاسد فلا تكون الجائزة به ملكا لمشترى الورقة، و لو أخذها وجب المعاملة معها معاملة الأموال المجهول مالكها.

نعم مجرد شراء تلك أوراق لا- يكون محرما تكليفا، لاعتبار اللعب فى صدق القمار قطعا أو احتمالا، و معه لا يمكن الجزم بانطباق عنوان القمار عليه. هذا إذا لم يكن بذل المال لوكلاء المؤسسة بداعى التعاون فى بناء المستشفيات و الجسور و غير ذلك من المصالح العامة، و الا فلا إشكال فى جواز الإعطاء تكليفا و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) لا ريب فى حرمة الوساطة و السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطء المحرم، و يكون أخذ المال بذلك أكله بالباطل، كما لا ينبغى الريب فى كونها من الكبائر فى الجملة، لقوله سبحانه إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا. و أن للحاكم تعزير الساعى بما يراه مصلحة لنظام البلاد، و مناسبا لتأديبه.

و أما ثبوت الحد الشرعى- و نفيه عن المصر الذى هو فيه فضلا عن حلق رأسه و إشهاره- فلم يثبت. نعم ذكر الحد و النفى فى رواية الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن محمد بن سليمان عن عبد اللّه بن سنان، إلا أن الرواية- لضعفها سندا- لا يمكن الاعتماد عليها، و إن وصفها المصنف (ره) بالصحيحة، فإن الراوى عن عبد اللّه بن سنان لو لم يكن محمد بن سليمان الديلمى الضعيف، فلا أقل من كونه محتملا، ثم انه على تقدير اعتبار الرواية فلا يختص المذكور فيها بالرجل، بل يعم المرأة أيضا، لظهورها فى كون المراد بالقواد فيها الجنس الشامل لها. و قد ذكرنا نظير ذلك فى بعض ما ورد فى محظورات الإحرام، و قلنا أن المحرم فى الرواية باعتبار ظهوره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۵

[القيافة]

و فى المصباح هو الذى يعرف الآثار (۱) و فى المحكى عن الخصال (۲)

فى الجنس يعم المرأة قال: «قلت لأبى عبد اللّه (ع): أخبرنى عن القواد ما حده؟

قال: لا- حد على القواد، أ ليس انما يعطى الأجر على ان يقود؟ قلت: جعلت فداك إنما يجمع بين الذكر و الأنثى حراما: قال: ذاك المؤلف بين الذكر و الأنثى حراما فقلت هو ذاك، قال يضرب ثلاثة أرباع حد الزانى خمسة و سبعين سوطا و ينفى من المصر الذى هو فيه» «۱».

(۱) يعنى القائف من يعرف آثار الإنسان و علاماته كما إذا نظر الى آثار القدم الباقية على الأرض بعد المشى، فيعرف أنها منسوبة الى أى شخص، و زاد فى مجمع البحرين و أنه يعرف شبه الإنسان بأخيه و أبيه الى غير ذلك، و اقتصر فى الإيضاح و الميسية على الثانى، و ذكرا أنها عبارة عن إلحاق بعض الناس ببعض. و كيف كان فيقيد حرمتها بما إذا رتب عليها الأثر الحرام، و الا فلا حرمة بالظن

بنسب شخص أو العلم به، و لذا نهى فى الاخبار عن الإتيان و الأخذ بقول القائف. و ظاهر الأخذ هو ترتيب الأثر، كما أن ظاهر الإتيان ذلك كما لا يخفى.

(أقول) نـذكر فى التعليقة الآتية فساد هذا الاستشـهاد، و ان تعلق النهى بالإتيان و الأخذ باعتبار كون النهى طريقيا لا حكما نفسيا، و مع الإغماض فغاية ما يستفاد هو اعتبار ترتيب الأثر لا ترتيب الأثر المحرم كما هو المدعى.

(۲) ما ذكره (ره) فى وجه حرمتها من روايـة الخصال «۲» لا يمكن الاعتماد عليه، فإنه رواها عن أبيه عن سعد بن عبد اللّه عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابى عمير عن على بن أبى حمزة، عن ابى بصير عن ابى عبد اللّه (ع). و على بن أبى حمزة البطائنى ضعيف، و مع ذلك لا دلالة لها على الحرمة، فإن عدم الحب

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۸) الباب: (۵) من أبواب حد السحق و انقياده- الحديث (۵)

(۲) الخصال الباب: (۱) من أبواب الصفات المحمودة و المذمومة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۲۶

[الكذب حرام]

اشارة

الكذب حرام (۱).

لا يلازمها ما لم يكن فى البين قرينـة عليها من مناسـبة الحكم و الموضوع و نحوها. و كـذا ما ذكره عن مجمع البحرين، مع أنه لا يزيد على الرواية المرسلة. نعم فى صحيحة محمد بن قيس عن ابى جعفر (ع) «كان أمير المؤمنين (ع) يقول: لا تأخذ بقول عراف و لا قائف و لا لص و لا أقبل شـهادة فاسق الا على نفسه» «۱» و لكن النهى فى أمثال ذلك ظاهر فى الطريقى المقتضـى لعدم اعتبار قول القائف، فلا يكون مما يحرز به نسب الشخص شرعا، و لا يكون موجبا لرفع اليد عن مثل قاعدة (الولد للفراش و للعاهر الحجر) أو غير ذلك. و أما فعل القيافة باخبار القائف، فإن كان اعتقاده جزميا، فلا يكون الاخبار موجبا لفسقه على فرض عدم حصول حرام آخر، كالقذف، و إن كان اعتقاده ظنيا كان اخباره الجزمى عن نسبه كـذبا و قولا بغير علم، و هـذا الحرام لا يوجب حرمة القيافة أيضا بأن يكون اعتقاده الظنى حراما آخر.

ثم ان المصـنف (ره) حكى عن العامة افتراءهم على رسول اللّه بأخذه بقول القافة، و ذكر أن ذلك قد أنكر عليهم فى الاخبار بشـهادة مـا عن الكـافى عن على بن إبراهيم عن أبيه و على بن محمـد القاسانى جميعا عن زكريا بن يحيى بن النعمان الصـيرفى قال: «سـمعت على بن جعفر.» و زكريا بن يحيى مجهول، و مع ذلك لا دلالة فيها على نفى رجوع النبى (ص) الى قول القائف، أضف اليه ان الرواية لاـ تخلو عن شـىء و هو رد مثـل على بن جعفر على امـامه (ع) فى نفى ولـده، حتى على تقـدير عـدم كون النفى من القـذف، و كـذا اشتمال الرواية لكشف أخوات الإمام (ع) وجوههن للقافة، و لا أظن تصديق أحد بمناسبة ذلك لمنزلتهن.

(۱) لا يكون الإجماع التعبـدى فى مثل المقام مما يعلم فيه مدرك المجمعين، بل يكون الإجماع مدركيا، و هو ليس أحد الأدلة. و أما العقل فلا اسـتقلال له بقبـح مطلق الكـذب، و حتى مع عدم ترتب فساد عليه من تلف عرض أو مال أو غيره من المفاسد ليكون حكمه به كاشفا بقاعدة الملازمة عن حرمته. نعم حرمته مطلقا مستفادة من

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب: (۱۴) من أبواب آداب السفر- الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۷

....

الكتاب العزيز و الاخبار.

و كيف كان فالكلام فيه يقع فى جهتين: (الاولى) فى كونه من الكبائر مطلقا أو فى الجملة (الثانية)- فى مسوغاته اما الجهة الأولى، فقد ذكر فى وجه كونه من الكبائر أمور:

(الأول)- رواية الصدوق (ره) فى عيونه عن عبد الواحد بن محمد بن عبدوس النيشابورى العطار، عن ابى الحسن على بن محمد بن قتيبة، عن الفضل بن شاذان، عن الرضا (ع) و رواه ايضا عن الحاكم ابى جعفر محمد بن نعيم بن شاذان عن عمه ابى عبد اللّه محمد بن شاذان، قال: «قال الفضل بن شاذان.».

(الثانى) رواية الأعمش «۱» و لكن رواية الأعمش ضعيفة باعتبار جهالة سند الصدوق (ره) اليه، و فى سند رواية العيون ايضا ضعف باعتبار عدم ثبوت التوثيق لعبد الواحد، و نقل الصدوق (ره) عنه مترضيا لا يدل على توثيقه، و ذلك فان الصدوق لا ينحصر مشايخه بالثقات و العدول، و الدعاء لا دلالة له على التوثيق، و كذا لم يثبت توثيق للحاكم محمد ابن نعيم.

(الثالث) موثقة محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع)، قال: ان اللّه عز و جل جعل للشر أقفالا، و جعل مفاتيح تلك الأقفال الشراب، و الكذب شر من الشراب «۲» و كونها موثقة باعتبار وقوع عثمان بن عيسى فى سندها و هو واقفى، و مقتضى كون الكذب شرا من شرب الخمر المعدود من الكبائر، و تعيين الحد على شاربها كون الكذب ايضا مثله.

(أقول) لازم كون الكذب كذلك اختيار شرب الخمر عند دوران الأمر بينهما بالإكراه عليه أو على الكذب، اللهم إلا أن يقال بجواز الكذب فى هذا الحال، لانه يدفع

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۴۶) من أبواب جهاد النفس- الحديث: (۳۶)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب: (۱۳۸) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (۳)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۸

....

به الضرر، و لا يكون من مورد التزاحم ليكون جواز دفع الإكراه به دليلا على عدم كونه أهم من شرب الخمر و لا مثله. و مما ذكرنا يظهر الحال فى المرسل الوارد فيه أن الكذب يعادل سبعين زنية أهونها كمن يزنى بأمه، و قد تقدم الكلام فى مثل هذه الروايات المعلوم عدم مطابقة ظاهرها للواقع، و ان اللازم الإغماض عنها على تقدير صحة إسنادها، فضلا عن المرسلة و نحوها.

(الرابع)- قوله عز من قائل إِنَّمٰا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لٰا يُؤْمِنُونَ بِآيٰاتِ اللّٰهِ باعتبار أن نفى الايمان عن المفترى و جعله بمنزلة الكافر مقتضاه كون الكذب كبيرة (أقول) لا دلالة فى الآية على كون مطلق الكذب كذلك، فان الافتراء أخص منه، نعم دعوى اختصاص الآية بالافتراء فى أصول الدين لا وجه لها، فان مورد النزول لا يكون مخصصا أو مقيدا لعموم الحكم أو إطلاق الآية.

و يمكن الاستدلال على حرمة الكذب و كونه كبيرة بقوله سبحانه وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ و وجه الاستدلال على الحرمة ما ذكرنا سابقا من ظهور الزور فى البطلان و اتصاف القول بالباطل يكون باعتبار بطلان معناه، و عدم تطابقه مع الخارج كما هو المراد بالكذب. و ظاهر الأمر بالاجتناب عن فعل حرمته، كما فى الأمر بالاجتناب عن الخمر و الميسر و عبادة الأوثان إلى غير ذلك. و أما كونه كبيرة،

فلان الامام (ع) استشهد فی صحیحة عبد العظیم الحسنی «۱» لکون شرب الخمر کبیرة بان اللّه عز و جل نهی عنها کما نهی عن عبادة الأوثان. و مقتضی الاستشهاد المزبور ان یکون الکذب ایضا من الکبائر لأن اللّه نهی عنه کما نهی عن عبادة الأوثان بقوله عز من قائل فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثانِ وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ.

و الحاصل أن المتفاهم العرفی من الصحیحة المبارکة أن الموجب لکون شرب الخمر کبیرة نهی اللّه عز و جل عنه فی الکتاب المجید، نظیر النهی عن عبادة

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۱) الباب: (۴۶) من أبواب جهاد النفس- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۲۹

و یؤیده ما روی عن النبی (ص) (۱) نعم فی الاخبار ما یظهر منه عدم کونه علی الإطلاق کبیرة (۲)

الأوثان. و هذا التنظیر فی التعبیر یجری فی الکذب ایضا کما لا یخفی. و مما ذکرنا یظهر وجه کون القمار کبیرة و ان ذلک باعتبار النهی عنه فی الکتاب المجید نظیر النهی عن عبادة الأوثان.

و بعبارة أخری الاستشهاد الوارد فی الصحیحة بیان لکون الکذب و القمار کبیرة فلا یصح التمسک بالإطلاق المقامی لسائر الروایات، لنفی کونهما کبیرتین، حیث أنه لا یتم الإطلاق فیها بعد ورود البیان و القید، کما أنه لا یصح الأخذ بإطلاق هذه الصحیحة لنفی بعض ما ورد فی سائر الروایات أنها کبیرة. و الحاصل أن الإطلاق بمعنی السکوت فی مقام البیان لا یدل علی شیء، مع ورود البیان فی روایة أخری أو خطاب آخر.

(۱) أی انه یؤید کون الکذب علی الإطلاق کبیرة سواء ترتب علیه فساد أم لا، المروی عن النبی (ص) فی وصیته لأبی ذر «۱» و وجه التأیید أن الأکاذیب المضحکة لا یترتب علیها مفسدة کبیرة، بل لا یترتب علی بعضها أی مفسدة.

(۲) و سندها «۲» لا یخلو عن ضعف. و ما ذکر المصنف (ره)- من حملها علی کون الخاص من الکبائر الشدیدة- لا یمکن المساعدة علیه، فان اعتبار هذا النحو من الحمل إبطال لقانون حمل المطلق و المقید. و الصحیح ان یقال انه لا یجری التقیید فی موارد استغراق الحکم و انحلاله مع توافق المطلق و المقید و عدم اختلافهما فی النفی و الإثبات، کما فی المقام، بل یؤخذ بکل من المطلق علی المقید. نعم لو قیل بمفهوم الوصف لکان المورد من موارد حمل المطلق و المقید. و دعوی دلالتها علی المفهوم بالعدد لا یخفی ما فیها، فان المذکور فی الروایة من قبیل التعداد لا ذکر العدد، مع أن

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۷) الباب: (۱۴۰) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۴)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۳۹) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۰

فان قوله ما من أحد یدل علی ان الکذب (۱) و عن الحارث الأعور عن علی (ع) (۲)

[الوعد و حکمه]

لا بد ان یراد به النهی عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء (۳).

فی دلالة العدد علی المفهوم تأملا بل منعا.

(۱) لم یظهر منه کون مجرد الکـذب لمـا أو صـغیرة حتی یوجب التقییـد فی إطلاق ما دل علی کونه من الکبائر، بل ظاهره أن مجرد الکذب أمر یبتلی به عامة الناس، فلا یجری علی الإنسان بمجرده ما ذکر فی حق الکذاب فی مثل قوله سبحانه:

إِنَّ اللّهَ لا یَهْدِی مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ کَذّابٌ حیث أن أعراض اللّه عن انسان و إضـلاله مجازاة لا یترتب علی مجرد الکـذب، بل علی من یکون مطبوعا علیه، بحیث لو أراد أن یخبر فیکذب، و هذا لا ینافی کون الکذب مطلقا من الکبائر.

(۲) و ظاهره عـدم حرمـة الکـذب فی نفسه، بل الحرمـة للفجور، و هو الاسـتمرار علی الکـذب، کما هو ظاهر قوله: (و ما یزال أحدکم یکذب حتی یقال کذب و فجر، و إذا استمر علی الکذب حتی یغلب الکذب علی حکایاته و إخباراته، یقال عند اللّه أنه کذاب) «۱» و الظهور المزبور خلاف المتسالم علیه من حرمة الکذب فی نفسه، أضف الی ذلک ضعف السند.

(۳) أقول ربما یحکی المتکلم عن عزمه الموجود حال تکلمه، فیکون المحکی قصده المتعلق بفعله الاسـتقبالی، کما إذا قال مخاطبا یا زیـد، انی عازم علی بناء مسکن لک فی الشـهر الآتی، و کلامه هـذا اخبار عن أمر نفسانی یکون صدقه و کذبه باعتبار ذلک الأمر. و هذا کما لا یکون إنشاء لا یکون متضـمنا له ایضا، و من یری وجوب الوفاء بالوعد الذی هو من قسم الإنشاء لا یعم عنده الوجوب لهذا الفرض، و ربما یحکی عن نفس فعله الاسـتقبالی، و یکون اخباره عن الحصول فیما بعد کالاخبار عما مضی، و فی هذه الصورة یکون صدق خبره أو کذبه دائرا مدار تحقق ذلک الأمر

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۸) الباب (۱۴۰) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۱

....

فی المستقبل و عدمه، و لو کان معتقدا بفعله استقبالا، و أخبر بوقوعه، فلا بأس به.

و لا یجب علیه جعل خبره صادقا بفعله فی المستقبل.

فان مع ترک الفعل و ان یتصف خبره السابق بالکذب الا ان دلیل حرمة الکذب لا یعمه.

فـان ظـاهره حرمـة جعل الکـذب و إیجاده بمفاد کان التامـة لا جعل الخبر الصادر سابقا کاذبا، و لـذا ذکرنا فی باب موانع الصـلاة أن المبطل لها من الزیادة جعل الزائـد بمفاد کان التامـة لا جعل ما کان من الصـلاة زائدا کما فی العدول من سورة أو ذکر أو غیرهما إلی سورة أو ذکر أو غیرهما، حیث انه بعدوله یحصل وصف الزیادة للمعدول عنه، و هذا لا دلیل علی مانعیته.

و الحاصـل أن هـذه الصورة أیضـا خارجـة عن الوعـد الـذی هو قسم من الإنشـاء فلا یجب الفعل فیها لو قیل باختصاص وجوب الوفاء بالوعـد الـذی هو من قسم الإنشاء. نعم لو أنشأ العهـد و الالتزام بالفعل للغیر کان العهـد المزبور بإنشائه و إظهاره من حقیقـة الوعـد، و یمکن أن یقال بوجوب الوفاء به للایة و الروایة. و المراد بالآیة قوله سبحانه کَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللّهِ أَنْ تَقُولُوا ما لا تَفْعَلُونَ «۱» و لکن ظاهرها حرمـة القول بلا عمل، لا وجوب العمل بالقول، فلا یجوز الوعـد لمن لا یفی بوعـده، لا أنه بعد الوعد یجب الوفاء به، و لا یلتزم القائل بوجوب الوفاء بحرمة نفس الوعد مع عدم الوفاء، فالمراد بالآیة صورة الاخبار عن فعله الاستقبالی، مع عدم قصد الفعل أو أمر الناس و ترغیبهم الی ما لا یفعله، من قبیل قوله سـبحانه أ تَأْمُرُونَ النّاسَ بِالْبِرِّ وَ تَنْسَوْنَ أَنْفُسَکُمْ «۲» و علی تقـدیر دلالتها علی ذلک فلا یختص الوجوب بالوعد الذی هو من قسم الإنشاء بل تعم الصورة الثانیة من الاخبار.

---

(۱) سورة الصف (۶۱) الایة: (۳).

(۲) سورة البقرة (۲) الایة: (۴۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۳۲

ثم ان ظاهر الخبرين الآخرين خصوصا المرسلة حرمة الكذب حتى فى الهزل (۱)

و أما الروايات فظهورها فى لزوم الوفاء بالوعد كالسند فى بعضها تام الا أنه لا بد من رفع اليد عنها، فان مثل الوعد مما يبتلى به عامة الناس، و لو كان وجوب الوفاء به ثابتا لكان من الواضحات، و المتسالم عليه، مع ان المعروف عند العلماء عدم وجوب الوفاء به، و لذا عنوان الباب فى الوسائل بالاستحباب، و فى حسنة هشام بن سالم قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له، فمن اخلف فبخلف اللّه بدء، و لمقته تعرض، و ذلك قوله تعالى. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ «۱» و ظاهر تنزيل الوعد منزلة النذر وجوب الوفاء بالأول أيضا، غاية الأمر انه ليس فى مخالفتها كفارة (أى كفارة مخالفة النذر) و فى حسنة شعيب العقرقوفى عن ابى عبد اللّه (ع)، قال قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله: «من كان يؤمن باللّه و اليوم الآخر فليف إذا وعد» «۲» ثم إن ما ذكرنا من الأقسام فى الوعد يجرى فى الوعيد ايضا، غير أنه لا يستحب الوفاء به، بل لا يجوز فى بعض الموارد.

(۱) خلاصة الكلام فى المقام أنه لو كان الهازل قاصدا للحكاية و كان غرضه من تلك الحكاية إضحاك الناس، فكلامه كذب حقيقة، حيث ان الداعى لا دخل له فى حرمته، و ظاهر كذب الهزل فى الخبرين أى فى مرسلة سيف بن عميرة و رواية حارث الأعور «۳» هو هذا. و أما إذا كان تكلمه بلا قصد الحكاية، بل من ترديد ألفاظ لها صور و معان فى الأذهان، و كان غرضه من ترديدها اضحاكهم، فهذا غير داخل فى الكذب، و لا يعمه ما ورد فى كذب الهزل، حيث انه لا يكون اخبارا حتى يكون كذبا

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب: (۱۰۹) من أبواب أحكام العشرة- الحديث (۲).

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب: (۱۰۹) من أبواب أحكام العشرة- الحديث (۳).

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۱۴۰) من أبواب أحكام العشرة حديث: (۱ و ۳)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۳۳

ثم انه لا ينبغى الإشكال (۱)

[التورية و حكمها]

و اعترض جامع المقاصد على قول العلامة (۲)

هزلا أو جدا (و بعبارة أخرى) ذكر الكذب فى الخبرين و فى النبوى الوارد فى وصيته (ص) لأبى ذر قرينة على كون المراد من الهزل و إضحاك الناس صورة الحكاية، و كذا الحال فى الخبرين. نعم لا بأس بالالتزام بكراهة الهزل فى غير صورة الحكاية، باعتبار أن المؤمن لا يشتغل بالهزل و الباطل.

(۱) إذا كان غرض المتكلم من ذكر الاستعارة إظهار ما فى المستعار له من الوصف كالحسن و القبح و غيرهما من الخصوصيات و الاعتبارات، بأن يكون غرضه حكايتها، كان صدق كلامه أو كذبه دائرا مدار تلك الخصوصيات أو عدمها، و كذا فى المبالغة فى الكم و المقدار، بأن كان غرضه من ذكر العدد بيان القلة أو الكثرة و عدمهما.

(۲) قال العلامة فى القواعد فى مسألة الوديعة (إذا طالبها ظالم بأنه يجوز الحلف كاذبا، و يجب التورية على العارف بها) انتهى. و ظاهر

ذلک وجوب التوریـة مع الحلف کاذبا علی العارف بها. و هـذا بظاهره التزام باجتماع الکذب و التوریة، و لذا ذکر فی جامع المقاصـد عند شرح العبارة ان العبارة لا تخلو عن مناقشة، حیث تقتضی ثبوت الکذب مع التوریة.

و الحاصل أن المناقشـة مبینـة علی عدم کون التوریة کذبا کما هو الصـحیح، فلا یعمها ما دل علی حرمة الکذب، و ذلک فان المتکلم لا یکون فی مواردها قاصـدا لحکایـة أمر علی خلاف الواقع، بل یکون قصـده الی ما هو حاصل فی الواقع، و لکن السامع لا ینتقل الیه من کلامه، بل ینتقل الی ما هو ظاهره، و یتخیل أنه بصـدد حکایـة حصول ذلک الظاهر، و من هنا أنه لا یکون من التوریـة ما إذا أراد المتکلم ظاهر کلامه، و کـان ذلـک الظاهر مطابقا للواقع، و لکن لم یفهم السامع الظاهر، و تخیل أمرا آخر لا یطابق الخارج، کما إذا قـال للسائـل: لیس عنـدی مـال، و فهم السائـل أنه فقیر لاـ یملـک مالا. و وجه عـدم کون ذلک توریـة أنه یعتبر فی التوریـة کون مراد المتکلم خلاف ظاهر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۴

و یدل علی سلب الکذب عن التوریة (۱)

الکلام، و ما ربما یقال من ان مناط حرمـة الکـذب و هو إغراء السامع موجود فی التوریـة أیضا- لا یمکن المساعدة علیه، فإنه لم یعلم أن تمام ملاک حرمته هو الإغراء. نعم لو انطبق علی التوریـة عنوان محرم آخر کعنوان غش المؤمن فی المعاملة و نحوها تکون محرمة بذلک العنوان.

(۱) و ربما یورد علی ما ورد فی قضیة إبراهیم علی نبینا و علی آله و علیه السـلام ان التعلیق المزبور لا یخرجه إلی التوریة حتی یکون صادقـا، حیث أن قوله بَلْ فَعَلَهُ کَبِیرُهُمْ. إِنْ کانُوا یَنْطِقُونَ «۱» جملة شـرطیة یکون الصدق و الکذب فیها دائرین مدار ترتب الجزاء علی الشـرط لاـ علی حصول الطرفین خارجـا أو عـدمه، و الترتب فی الکلام المزبور مفقود، فإنه لو کان الأوثان تنطق فرضا، لما کان ایضـا الکسر مستندا الی کبیرهم، فالقضیة الشرطیة غیر صادقة.

و أجاب عن ذلک السید الخوئی طال بقاه بأن الشـرط فی القضـیة قید للحکایة لا لاسـتناد الکسـر الی کبیرهم، و المفهوم أنه حکایتی عن اسـتناد الکسـر الی کبیرهم معلقة علی تکلم الأوثان. و المفهوم أنه علی تقدیر عدم تکلمهم لا حکایة لی عن اسـتناد الکسـر إلیهم حتی تتصف بالصدق أو الکذب. و فیه ما لا یخفی، فان مفاد القضـیة الشـرطیة ترتب مضـمون الجزاء علی حصول مضـمون الشـرط، و کما أن حصول النهار- فی قولنا إن کانت الشـمس طالعـة فالنهار موجود- بنفسه معلق علی طلوع الشـمس لا أن حکایة وجودها معلق علی طلوعها، بأن لا یکون للمتکلم حکایة علی تقدیر عدم طلوعها، کذلک فی المقام نفس استناد الکسر الی کبیرهم معلق علی تکلم الأوثان.

هذا أولا و (ثانیا) أنه لا یخرج الکلام المزبور عن الکذب بإرجاع الشـرط الی الادعاء و الحکایة، حیث أن مقتضـی التعلیق المزبور أنه علی تقدیر تکلم الأوثان فرضا، فالکسر منتسب الی کبیرهم، مع أنه علی تقدیر النطق ایضا لم یکن فی البین ذلک

---

(۱) سورة الأنبیاء (۲۱) الایة: (۶۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۵

....

الانتسـاب. و (ثالثـا)- أنه قـد ورد مـا یظهر منه أن نفی الکـذب عن قـول إبراهیم و یوسف علی نبینـا و آله و علیهمـا السـلام من قـبیل الحکومـة و الادعـاء. و المراد نفی حرمته حیث وقع فی مقام الإصـلاح و الهدایـة، فیکون من قبیل نفی الربا بین الوالـد و الولـد، فراجع

روایتی الحسن الصیقل و عطاء «۱».

و الظاهر أنه علی تقدیر صحة روایة الاحتجاج و صدورها عن المعصوم (ع) یراد من الشرطیة الشرطیة الاتفاقیة لا الحقیقیة، و یکون الغرض من تلک الاتفاقیة مجرد نفی المقدم لانتفاء التالی، و لهذه القضیة الشرطیة نظائر فی العرف فلاحظها، مثلا یقول أحد الفاسقین للآخر فی مقام تذکیة نفسه انی انسان خیر لا مورد فی، للقدح، و یقول ذلک الآخر إن کنت عادلا فانا معصوم، فإنه لیس غرضه إثبات العصمة لنفسه حتی علی تقدیر کون المادح عادلا، بل غرضه نفی عدالته بنفی عصمة نفسه. و قد یقال: إن التوریة کذب، حیث ان العبرة فی کون الکلام کذبا بظهوره لا بمراد المتکلم. و فیه أن الصدق و الکذب من أوصاف الاخبار و الحکایة، و لا قوام للحکایة إلا بالقصد، کما هو الحال فی جمیع الأمور الإنشائیة و القصدیة. نعم یکون ظاهر الکلام عند الجهل بمراد المتکلم طریقا الیه، فینسب السامع الی المتکلم الکذب بهذا اللحاظ، حیث یری مراده المکشوف بأصالة الظهور غیر مطابق للواقع، فیقول إنه قد کذب، کما قد یقال إن الکذب عبارة عن عدم مطابقة المراد لاعتقاد المتکلم، و الصدق مطابقته له، کما نسب ذلک الی النظام و مال الیه بعض الأعاظم.

و یستدل علی ذلک بمثل قوله سبحانه إذا جاءَکَ الْمُنافِقُونَ قالُوا نَشْهَدُ إِنَّکَ لَرَسُولُ اللّهِ، وَ اللّهُ یَعْلَمُ إِنَّکَ لَرَسُولُهُ، وَ اللّهُ یَشْهَدُ إِنَّ الْمُنافِقِینَ لَکاذِبُونَ «۲» حیث لو کانت العبرة فی الصدق و الکذب مطابقة مضمون الکلام للخارج و عدمها، لما کان ما قال المنافقون

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۴۱) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۴ و ۷)

(۲) سورة المنافقون (۶۳) الایة (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۶

....

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج ۱، ص: ۲۳۶

کذبا، و بأنه لا ینسب الکذب الی مثل ما یذکره الفقیه فی رسالته العملیة من الأحکام حتی فیما إذا کان المذکور فیها اشتباها و مخالفا للأحکام الواقعیة. فلا یقال ان إخباراته کذب، و انه قد کذب، بل یقال إنه أخطأ و اشتبه، و ذلک باعتبار أن ما یذکره فیها مطابق لما یعتقده الی غیر ذلک و لکن لا یخفی ما فیه حیث أن الشهادة إظهار للعلم بالشیء و الإفتاء عبارة عن إظهار نظره و اجتهاده فی الواقعة، فقول القائل أشهد بذلک هو بمنزلة قوله ان لی علما و یقینا به، فیکون الخارج الذی یقاس الیه مطابقة المراد و عدمها هو الاعتقاد و العلم فمع تطابقهما یکون کلامه صادقا و فی عدمه کاذبا، و کذا قول المفتی بأن الواقعة الفلانیة حکمها کذا، إظهار لفتواه و نظره فی تلک الواقعة، و یکون خبره صادقا مع کون خبره مطابقا لنظره و اجتهاده، حتی فیما إذا اشتبه و أدی الی خلاف الحکم الواقعی و هکذا و هکذا.

بقی فی المقام أمر، و هو أن الواقع إذا کان من الأمور الراجعة إلی الدین اعتقادیا أو عملیا، فالأخبار به من غیر علم محرم کما یستفاد ذلک من قوله سبحانه آللّهُ أَذِنَ لَکُمْ أَمْ عَلَی اللّهِ تَفْتَرُونَ «۱» و بعبارة أخری لا ینحصر المحرم بما کان الاخبار به علی خلاف الواقع، بل یعم إسناد شیء الی اللّه سبحانه من غیر حجة علی انتسابه الیه تعالی بل إذا أظهر نظره فی حکم الواقعة من غیر حجة علیه یکون إظهاره إفتاء من غیر علم فهو فی نفسه محرم حتی فیما إذا أصاب الواقع اتفاقا. و یدل علیه غیر واحد من الروایات: (منها)- صحیحة

أبی عبیدة قال قال أبو جعفر (ع): «من أفتی الناس بغیر علم و لا هدی من اللّه لعنته ملائکة الرحمة و العذاب و لحقه وزر من عمل بفتیاه» «۲» و نحوها غیرها و أما إذا کان الواقع من غیر تلک الأمور فالأخبار به مع الشک، من الشبهة المصداقیة للکذب، لما تقدم من أن المیزان فی اتصاف الخبر بالکذب

(۱) سورة یونس (۱) الآیة: (۹۵)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۸) الباب: ۴ من أبواب صفات القاضی- الحدیث:- (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۷

[مجوزات الکذب]

[أحدهما الضرورة إلیه]

أحدهما الضرورة إلیه (۱).

مخالفة مضمونه للواقع، لا مجرد عدم العلم بمطابقته له. و لا یمکن الحکم بحرمة الاخبار مع الشک و استظهارها مما ورد فی حرمة الافتراء علی اللّه و رسوله، فإن حرمة الثانی لا تلازم حرمة الأول، و لکن مع ذلک لا تصل النوبة عند الشک إلی أصالة الحلیة، لدلالة بعض الروایات علی حرمته، کروایة علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر عن آبائه فی حدیث قال: «لیس لک أن تتکلم بما شئت، لأن اللّه عز و جل یقول لا تَقْفُ ما لَیسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ» «۱» فان ظاهرها عدم جواز الاخبار بشیء مع عدم العلم به، و لا یبعد اعتبارها سندا. و فی صحیحة هشام بن سالم، قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع):
ما حق اللّه علی خلقه؟ قال: أن یقولوا ما یعلمون و یکفوا عما لا یعلمون، فإذا فعلوا ذلک أدوا الی اللّه حقه» «۲» و ظاهرها ایضا لزوم کف الإنسان عما لیس له به علم، بل لو لم تکن فی البین مثل الروایتین لکان مقتضی استصحاب عدم حدوث الشیء عدم جواز الاخبار بحدوثه.
(لو قیل): علی ذلک فیجوز مع الشک فی الحدوث الاخبار بعدم حدوثه أخذا بالاستصحاب المزبور (قلنا)- نعم و لذا ذکروا فی بحث تعارض البینة علی طهارة شیء مع اخبار ذی الید بنجاسته، تقدیم البینة علی أخباره، إلا إذا کانت البینة مستندة الی الأصل، ثم ان باستصحاب عدم حدوثه ینحل العلم الإجمالی بحرمة الاخبار إما عن ثبوته أو عن عدمه، لما تقرر فی محله من ان جریان الأصلین المثبت و النافی فی طرفی العلم یوجب انحلاله، فلا یکون بالاخبار عن النفی بأس.
(۱) لا ینبغی الریب فی کون الکذب کسائر المحرمات فی ارتفاع حرمته بالإکراه و الاضطرار، کما هو مقتضی حدیث رفع الإکراه و الاضطرار، و قوله (ع)

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۸) الباب: (۴) من أبواب صفات القاضی- الحدیث: (۳۶)

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۱۸) الباب: (۴) من أبواب صفات القاضی- الحدیث: (۱۰)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۸

....

ما من شیء إلا و قد أحله اللّه لمن اضطر الیه. و ذکر المصنف (ره) فی جوازه للضرورة قوله سبحانه إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

بِالْإِیمانِ «۱» فان مقتضاه عدم البأس بإنکار الحق و إظهار خلافه عند الإکراه و لکن دلالة الآیة علی ارتفاع حرمة الکذب عند الإکراه بالفحوی فان عدم جواز الإنکار فی موردها باعتبار حرمة الشهادة بالکفر و وجوب الإقرار و الشهادة باللّه و رسوله لا باعتبار حرمة الکذب و بهذا یظهر الحال فی قوله سبحانه لا یَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْکافِرِینَ أَوْلِیاءَ «۲» فإن عدم جواز أخذ الکافر ولیا لیس من حرمة الکذب، بل هو محرم آخر یرتفع حرمته بالإکراه.

ثم انه و ان اعتبر فی تحقق الاضطرار الی الکذب عدم التمکن من التوریة، فإن الاضطرار الی الجامع بین الکذب و التوریة من قبیل الاضطرار الی شرب أحد ما یعین لرفع عطشه المهلک، و أحدهما متنجس و الآخر طاهر فی أن الاضطرار الی الجامع- باعتبار إمکان إیجاده فی ضمن فرده الحلال- لا یکون من الاضطرار الی الحرام، إلا أنه فی المقام روایات یستفاد منها عدم اعتبار العجز عن التوریة فی جواز الکذب.

(منها)- صحیحة إسماعیل بن سعد الأشعری عن ابی الحسن (ع) (عن رجل یخاف علی ماله من السلطان، فیحلف لینجو به منه، قال: لا جناح علیه، و سألته هل یحلف الرجل علی مال أخیه کما یحلف علی ماله؟ قال: نعم» «۳» و موثقة زرارة قال قلت لأبی جعفر (ع): «نمر بالمال علی العشار، فیطلبون منا أن نحلف لهم و یخلون سبیلنا، و لا یرضون منا الا بذلک؟ قال: فاحلف لهم فإنه أحل من التمر و الزبد» «۴» فإنه و ان لم یذکر کذب الحلف فیهما، إلا أنه المراد، فان السؤال عن جواز الحلف صادقا لدفع الضرر بعید، خصوصا بقرینة الجواب بأنه أحل من

---

(۱) سورة النحل (۱۶) الایة: (۱۰۶).

(۲) سورة آل عمران (۳) الایة: (۲۸).

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۶۱) الباب: (۱۲) من أبواب الایمان- الحدیث: (۱)

(۴) وسائل الشیعة الجزء (۶۱) الباب: (۱۲) من أبواب الایمان- الحدیث: (۶)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۹

....

التمر و الزبد، و فی روایة السکونی عن جعفر عن أبیه عن آبائه عن علی (ع)، قال قال رسول اللّه (ص): «احلف باللّه کاذبا و نج أخاک من القتل» «۱» الی غیر ذلک.

و مقتضی إطلاق مثل هذه عدم الفرق فی جواز الحلف لدفع الضرر، بین التمکن من التوریة و عدمه، و فی مقابل ذلک روایة سماعة عن ابی عبد اللّه (ع) قال:

«إذا حلف الرجل تقیة لم یضره إذا هو أکره أو اضطر الیه، و لیس شیء مما حرم اللّه الا و قد أحله لمن اضطر إلیه» «۲» فإن مقتضی مفهومها عدم جواز الکذب مع عدم الاضطرار و الإکراه، کان فی البین دفع ضرر أولا، و النسبة- بینها و بین الروایات المجوزة للکذب لدفع الضرر- العموم من وجه، فإنه یشمل مفهوم هذه ما إذا لم یکن فی الکذب دفع الضرر، کما تشمل تلک الروایات ما إذا کان دفع الضرر منحصرا بالکذب کما فی فرض الغفلة عن التوریة، و یجتمعان فیما إذا لم ینحصر دفع الضرر بالکذب کما فی فرض التمکن من التوریة، فإن مقتضی المفهوم عدم جوازه لعدم الاضطرار الیه، و مقتضی تلک الروایات جوازه و بما ان دلالة کل منهما بالإطلاق فیسقط الإطلاق من الجانبین، و یرجع الی إطلاق دلیل حرمة الکذب.

(لا یقال) لا وجه لسقوط الإطلاق منهما فیما إذا کانت فی البین قرینة علی دخول مورد الاجتماع فی مدلول أحدهما، فإن لزوم حمل الروایات المجوزة علی الصورة النادرة و هی عدم التمکن من التوریة قرینة علی التحفظ بإطلاقها، (فإنه یقال) لا یکون عدم التمکن

من التوریـة و لو باعتبار غفلة المتکلم عنها نادرا. اللهم إلا یقال: إن مفهوم روایة سـماعة أخص مطلق بالإضافة إلی الروایات المتقدمة، فإن قوله (ع) فیها (إذا حلف الرجل تقیة) لا یعم غیر موارد دفع الضـرر، فیکون تعلیق جواز الکذب فیه علی الاضطرار بالقضیة الشرطیة ظاهرا فی عدم جواز دفعه به، مع

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۶) الباب: (۱۲) من أبواب الایمان- الحدیث: (۴)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۶) الباب: (۱۲) من أبواب الایمان- الحدیث: (۱۸)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۴۰

....

عـدم الاضـطرار، و یقیـد به إطلاق الروایـات السابقـة، و لعله لـذلک أمر المصـنف (ره) بالتأمل، و لکن الأظهر عـدم اعتبار العجز عن التوریـة فی جواز الکـذب، فـان بعض روایـات الحلف کاذبـا قـد وردت فی دفع الضـرر المـالی عن الغیر، کما فی صـحیحة إسـماعیل المتقدمة، و مثل هذه لا تکون من مورد الاضطرار، لان دفع هذا الضرر عن الغیر لا یکون واجبا لیتحقق عنوان الاضطرار الیه. و مقتضی إطلاق الصـحیحة جواز هـذا الحلف مع التمکن من التوریـة و عدمه، و بهذا یرفع الید عن إطلاق مفهوم روایة سـماعة، فیقال: لا یجوز الکـذب من غیر اضـطرار الا الکـذب لـدفع الضـرر المالی عن الغیر، فإنه جائز مع التمکن من التوریـة و عدمه، و إذا جاز الکذب لدفع الضـرر المالی عن الغیر مع التمکن منها جاز لـدفع الضـرر عن نفسه ایضا، لعـدم احتمال الفرق فی الجواز و عـدمه بین دفع الضـرر عن نفسه و غیره.

هذا مع أن روایة سـماعة ضعیفة سندا لا یمکن الاعتماد علیها. و ذکر الإیروانی (ره) فی وجه جواز الکذب لدفع الضرر مع التمکن من التوریـة و عدمه ان الکذب عبارة عن التلفظ بألفاظ و القصد الی معنی منها لا یطابق الواقع و الإکراه علی الکل کما یکون رافعا لحرمة الکل کذلک الإکراه علی الجزء یکون رافعا لحرمته التبعیة، و بما أن الألفاظ المزبورة جزء من الکذب بل عمدته، و باعتبار الإکراه أو الاضـطرار إلیهـا ترتفع حرمتها التبعیـة فیجوز قصـد المعنی منها لان مجرد قصـد المعنی بـدون التلفظ لیس بحرام، و التلفظ فی الفرض باعتبار ارتفاع حرمته کالعدم، فیکون الفرض کما إذا کان فی البین القصد المجرد.

و لکن لاـ یخفی مـا فیه، فـان مجرد التلفـظ بالألفـاظ لاـ یکون محرمـا و لو تبعا حتی ترتفع حرمته بالإکراه أو الاضـطرار، کما هو حال الجزء فی سائر الموضوعات المحرمـة المرکبـة و إنما یکون الجزء حراما ضـمنا مع حصول الکل، فتکون الألفاظ محرمـة فی خصوص فرض قصد معنی منها لا یطابق ذلک المعنی الواقع، و مع التمکن من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۴۱

ثم ان أکثر الأصحاب مع تقییدهم جواز الکذب (۱)

التوریة یکون الاضطرار أو الإکراه علی الجامع بین الحلال و الحرام، فیعود الکلام السابق.

(۱) هـذا اشکال علی أکثر الأصـحاب المعتبرین فی جواز الکـذب العجز عن التوریـة. و حاصـله أنهم فرقوا بین الکـذب فی الحلف و الخبر، و بین المعاملاـت و سـائر الأقوال المحرمـة کالسب و التبری، حیث اعتبروا العجز عن التوریـة فی جواز الأول دون الثانی، فإنه لا تصـح المعاملاـت المکره علیهـا، و لاـ یکون السب أو التبری محرمـا مع الإـکراه حتی مع التمکن من التوریـة، فیقال علیهم بأن المکره بالفتـح علی البیع مثلاـ مکره علی التلفـظ لا علی إرادته، فإذا اراده مع تمکنه علی التوریـة یکون البیع باختیاره و رضاه، فاللازم الحکم بصـحته و دافع عنهم المصـنف (ره) بان المجوز للکذب فی الحلف أو فی الاخبار طرو عنوان الاضـطرار، و تحقق هذا العنوان موقوف

علی العجز عن التوریـة، بخلاف المعاملات و سائر الأقوال، فإن الطاری علیها عنوان الإکراه، و لا یعتبر فی تحققه العجز عنها، کما إذا أمره الجائر ببیع ماله أو بالتبری عن دینه فباع أو تبرأ للتخلص من وعیده یکون فعله مکرها علیه و محکوما فی الأول بالفساد و فی الثانی بالجواز.

(أقول) لازم ما ذکر (ره) الحکم بجواز شرب الخمر فیما إذا أمر به الجائر مع تمکنه علی التفصی من شربها بالتوریة، و لو بشرب مائع یوهم الجائر انه خمر و لا احتمل الالتزام بذلک منه (ره) أو من غیره. و الصحیح عدم الفرق بین الاضطرار و الإکراه فی عدم تحقق عنوانهما، مع إمکان التفصی بالتوریة أو بسائر المحللات، بلا فرق بین المعاملات و غیرها، و أنه لا یرتفع بمجرد الإکراه، الرضا المعتبر فی المعاملات، کما لا یرتفع ذلک الرضا فی موارد الاضطرار، و أن الوجه فی صحة المعاملة مع الاضطرار إلیها و الحکم ببطلانها مع الإکراه علیها، هو ان الحکم بفسادها فی مورد الاضطرار خلاف الامتنان، فلا یشملها حدیث الرفع بخلاف مورد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۴۲

و یستحب تحمل الضرر المالی الذی لا یجحف (۱)

الإکراه، فإن الرفع فیه موافق له فیعمها حدیث الرفع، و إذا أمره الجائر بالمعاملة و أمکن التفصی عنها بالتوریة أو بغیرها، و مع ذلک أنشأ المعاملة بقصدها حکم بصحتها أخذا بإطلاق دلیل نفوذها، و لا یکون فی البین حکومة لحدیث الرفع، و هذا بخلاف الحلف أو الاخبار کذبا، فإنه جائز فی مورد دفع الضرر حتی مع إمکان التوریة أو إمکان التفصی بغیرها، لما تقدم من دلالة الروایات الخاصة علی هذا الجواز، و و یترتب علی ذلک أنه لو أراد الذهاب الی بلد یکون له طریقان، و علم انه لو سلک الطریق الفلانی یتعرض له الجائر، فلا بد فی التخلص عن ضرره من الحلف کذبا دون ما إذا سلک الطریق الآخر، فلا یتعرض له، فإنه یجوز سلوک الطریق الأول و الحلف له کذبا. و ما فی الکلام المصنف (ره)- من اعتبار العجز عن التفصی بغیر التوریة فی جواز الکذب- لا یمکن المساعدة علیه.

(۱) یطلق الضرر علی النقص فی المال أو العرض أو النفس، و علی عدم النفع و ظاهر الروایات المتقدمة و حدیث رفع الإکراه جواز الکذب فی مورد الضرر بالمعنی الأول دون الثانی، فإنه لا مقتضی لارتفاع حرمة الکذب فیه. و الضرر فی کلام مولانا أمیر المؤمنین (ع): (علامة الایمان أن تؤثر الصدق حیث یضرک علی الکذب حیث ینفعک) بالمعنی الثانی بقرینة مقابلته للنفع، مع أن الروایات المرخصة فی دفع ضرر الغیر بالکذب أخص مطلق بالإضافة الی هذا الکلام الشامل لمطلق الضرر فیرفع الید بها عن إطلاقه علی تقدیر تمامیته.

نعم یمکن الاستدلال علی استحباب تحمل الضرر المالی بما ورد فی الحلف باللّه صادقا من استحباب تحمل الضرر و الإغماض عن الحلف، و إذا کان تحمله و ترک الحلف الصادق مستحبا یکون تحمله و الإغماض عن الحلف الکاذب کذلک بالأولویة، الا أن التعدی إلی مطلق الاخبار کذبا مشکل، لما یظهر من بعض الروایات من کون ملاک الاستحباب إجلال اللّه سبحانه بترک الحلف باسمه صادقا أو کاذبا، و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۴۳

ثم ان الأقوال الصادرة عن أئمتنا (۱)

فی روایة السکونی عن ابی عبد اللّه (ع) قال: «قال رسول اللّه (ص): من أجل اللّه ان یحلف به أعطاه خیرا مما ذهب منه» «۱» و نحوها غیرها.

ثم انه لا یخفی ان جواز الکذب لدفع الضرر مختص بما إذا کان الضرر من الظلم و التعدی علیه، و لا یجوز لمطلق دفعه کالضرر فی

المعاملة، فإذا توقف بیع ماله بلا- خسارة علی کذبه فی رأس المال، فلا یجوز الکذب، لان جوازه إما لرفع الاضطرار أو الإکراه، و المفروض انتفاؤهما، حیث أن الاضطرار یتوقف علی وجوب دفع الضرر المزبور، و الضرر المالی یجوز تحمله، و حدیث لا- ضرر لوروده مورد الامتنان لا- یعم المقام، بل یختص بما إذا کان فی رفع التکلیف الضرری امتنانا، و لا امتنان فی تجویز الکذب لمؤمن الموجب لاغراء المؤمن الآخر، بل لا یجوز التوریة فی مثل أخباره برأس المال باعتبار کونه غشا کما مر سابقا.

(۱) (أقول) لا بأس بالحمل علی الاستحباب لو کان الحمل علیه أخذا بالظهور کما إذا ورد فی روایة اغتسل الجمعة، و علمنا أن غسل الجمعة غیر واجب، و دار أمر الروایة بین الحمل علی مثل التقیة أو الاستحباب، فتحمل علی الاستحباب، و ذکرنا فی الأصول من ان خصوصیة الاستحباب أو الوجوب غیر داخلة فی مدلول الصیغة، بل مدلولها البعث نحو الفعل و ینتزع الوجوب من عدم ثبوت الترخیص فی الترک، کما ینتزع الاستحباب من ثبوت ذلک الترخیص. و إذا انضم المستفاد من الصیغة أی البعث الی الاغتسال إلی ما هو معلوم من الخارج من جواز ترکه ثبت الاستحباب.

و أما إذا لم یکن الحمل علی الاستحباب أخذا بالظهور، کما إذا ورد فی روایة ان المذی ناقض، و دار أمرها بین ان یراد بالناقض فیها ما هو ظاهره من بطلان الوضوء بالمذی للتقیة، و بین استحباب الوضوء بعد خروجه، فلا یکون مجرد النسب بشأنهم قرینة عرفیة علی ارادة الاستحباب، و یترتب علی ذلک انه لا یتیسر لنا الحکم باستحباب

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۶) الباب: (۱) من أبواب الایمان- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۴۴

[الثانی من مسوغات الکذب إرادة الإصلاح]

الثانی من مسوغات الکذب إرادة الإصلاح (۱)

الوضوء بعد خروج المذی بمجرد العلم بان ظاهر الکلام المزبور غیر مطابق للحکم الواقعی، مع أنه إذا جاز الاخبار عن خلاف الواقع لرعایة التقیة کما هو الفرض، فلا تکون ارادة مثل الاستحباب ألیق بحالهم و ما ورد فی بعض الموارد لا یدل علی الضابط لما یصدر عنهم علیهم السلام فی جمیع موارد التقیة، و لا یبعد أن یکون الأمر بالوضوء بعد خروج المذی من هذا القبیل، حیث ان ظاهر ذلک الأمر الإرشاد إلی ناقضیة المذی، و مجرد العلم بعدم کونه ناقضا لا یکون قرینة علی حمل ذلک الأمر علی الاستحباب.

(۱) یدل علیه غیر واحد من الروایات (منها) صحیحة معاویة بن عمار عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «المصلح لیس بکذاب» «۱» و روایة المحاربی عن جعفر بن محمد عن آبائه عن النبی (ص)، قال: «ثلاثة یحسن فیهن الکذب، المکیدة من الحرب، و عدتک زوجتک، و الإصلاح بین الناس» «۲» الی غیر ذلک. و مقتضی إطلاقها عدم الفرق بین التمکن من التوریة و عدمه، فیکون هذا تخصیصا آخر فی أدلة حرمة الکذب علی قرار تخصیص الکذب لدفع الضرر، و بعض الاخبار- و منها روایة المحاربی- متضمنة لجواز الکذب فی الوعد للزوجة أو الأهل، و لکنها بحسب الظاهر ضعیفة سندا، فلا یمکن الاعتماد علیها فی رفع الید عن إطلاق دلیل حرمة الکذب، بل عن السید الخوئی (طال بقاه) عدم دلالة تلک الاخبار علی جواز الکذب فی الوعد الذی یکون من قبیل الاخبار، کالأخبار عن فعله الاستقبالی مع علمه بترکه فی ذلک الزمان، و إنما مدلولها ترک الوفاء بوعده الإنشائی یعنی التعهد للعیال أو الزوجة بالفعل، و هذا لا یتصف بالصدق أو الکذب لیکون حراما، و لا بأس بالتعهد و ترک الوفاء به ما لم یکن فی ضمن المعاملة. نعم لو قیل بوجوب الوفاء بالعهد الابتدائی

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۴۱) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۳)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۸) الباب: (۱۴۱) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۵

[الکهانة حرام]

الکهانة حرام (۱)

یکون الوعد للزوجة أو العیال مستثنی. و فیه أن عد الوعد للأهل فی الروایة من افراد الکذب قرینة علی کون المراد به الوعد الاخباری، و حمل الکذب فیها علی البناء علی عدم الوفاء بالوعد الإنشائی خلاف ظاهرها، خصوصا بملاحظة أن جواز الخلف فی الوعد الإنشائی الابتدائی لا یختص بالوعد للزوجة أو الأهل کما تقدم.

(۱) یقع الکلام أولا- فی حکم الکهانة و اخری فی اخبار الکاهن عن الحوادث و ثالثة فی رجوع الغیر الی الکاهن فی الاطلاع علی الحادثة. أما الکهانة فهو الاعتقاد بالحوادث فی الکون المستقبلة منها و الماضیة بإلقاء جن یکون تابعا للکاهن أو اطلاع الکاهن علیها من مقدمات یکون الاستدلال بها علی تلک الحوادث محتاجا إلی فطنة النفس و زکائها کالانتقال إلیها من کلام السائل أو حاله أو فعله. و قد یطلق علی المطلع علیها من نحو هذه المقدمات اسم العراف، کما یطلق علی التابع من الجن اسم الرأی بفتح الراء، و قد یکسر اتباعا للهمزة مأخوذ من الرأی أی النظر و الاعتقاد، فیقال فلان رئی القوم أی صاحب رأیهم.

و لعله یظهر واقع الکهانة و حقیقتها من روایة الطبرسی فی الاحتجاج فی جملة الأسئلة التی سئلها الزندیق أبا عبد اللّه (ع)، قال الزندیق: «فمن أین أصل الکهانة؟

من أین یخبر الناس بما یحدث؟ قال (ع): إن الکهانة کانت فی الجاهلیة فی کل حین فترة من الرسل، کان الکاهن بمنزلة الحاکم یحتکمون الیه فیما یشتبه علیهم من الأمور بینهم، فیخبرهم بأشیاء تحدث، و ذلک من وجوه شتی فراسة العین، و ذکاء القلب، و وسوسة النفس، و فطنة الروح، مع قذف فی قلبه، لان ما یحدث فی الأرض من الحوادث الظاهرة فذلک یعلم الشیطان و یؤدیه إلی الکاهن و یخبره بما یحدث فی المنازل و الأطراف. و أما اخبار السماء، فان الشیاطین کانت تقعد مقاعد استراق السمع، إذ ذلک، و هی لا- تحجب و لا- ترجم بالنجوم، و إنما منعت من استراق السمع لئلا یقع فی الأرض سبب تشاکل الوحی من خبر السماء، فیلبس علی أهل الأرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۶

....

ما جاءهم عن اللّه تعالی لإثبات الحجة و نفی الشبهة، و کان الشیطان یسترق الکلمة الواحدة من خبر السماء بما یحدث اللّه فی خلقه، فیختطفها، ثم یهبط بها الی الأرض، فیقذفها الی الکاهن، فإذا قد زاد کلمات من عنده، فیخلط الحق بالباطل، فما أصاب الکاهن من خبر مما کان یخبر به هو ما أداه إلیه شیطانه مما سمعه، و ما أخطأ فیه فهو من الباطل ما زاد فیه، فمنذ منعت الشیاطین عن استراق السمع انقطعت الکهانة، و الیوم إنما تؤدی الشیاطین الی کهانها اخبار الناس بما یتحدثون، و الشیاطین تؤدی الی الشیاطین ما یحدث فی البعد من الحوادث من سارق سرق، و من قاتل قتل، و هم بمنزلة الناس صدوق و کذوب.

ذکر المصنف (ره) احتمالین فی قوله مع قذف فی قلبه: (الأول)- کونه قیدا لفطنة الروح، فیکون الحاصل أن المنشأ لخبر الکاهن عن

الحوادث أمور شتی، (منها) ما یرجع الی نفسه فقط، کفراسة عینه و ذکاء قلبه و وسوسة نفسه، و (منها) ما یرجع الی المجموع من فطنة روحه و قذف الشیطان فی قلبه، و یساعد هذا الاحتمال ما عن النهایة من قوله و قد کان فی العرب کهنة، فمنهم من کان یزعم أن له تابعا من الجن یلقی الیه الاخبار، و منهم و من کان یزعم أنه یعرف الأمور (الحوادث) بمقدمات و أسباب یستدل بها (بالمقدمات) علی مواقعها (علی موارد الحوادث و مواضعها) من کلام من سأله أو فعله أو حاله (بیان للمقدمات) فان ظاهر هذا الکلام إمکان کون المنشأ فی اخبار الکاهن الأمر الراجع الی نفسه فقط.

(الاحتمال الثانی) کونه قیدا لجمیع ما ذکر فیکون الحاصل ان منشأ اخبار الکاهن هو المجموع من الأمر الراجع الی نفسه و قذف الشیطان، و جعل (ره) قوله- فیما بعد (فإذا قد زاد کلمات من عنده فیخلط الحق بالباطل)- قرینة علی هذا الاحتمال، و کان هذا باعتبار أن المستفاد من قوله (فإذا قد زاد) أن الکاهن یزید فی خبره کلمات من عنده، فیکون الخطاء فیه باعتبار هذا الخلط.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۷

....

و لکن لا- یخفی أن ظاهر قوله: (فإذا قد زاد) ظاهره بیان وجه خطأ خبر الکاهن بالحوادث المستقبلة، و أن الخطأ فیه باعتبار ما زاده الکاهن من عنده، لا الکلمة التی ألقاها الیه شیطانه من خبر السماء، و لا یرجع الی بیان وجه خطائه فی مطلق اخباره حتی بالحوادث الماضیة التی یمکن أن یکون منشأ خبره بها فراسة عینه أو ذکاء قلبه، و یکون إطلاق الکاهن علیه باعتبار أن الاخبار بتلک الحوادث فقط مرتبة من الکهانة فی مقابل الکهانة الکاملة المنتفیة، بعد منع الشیاطین عن استراق السمع، لان وقوع الخطأ فی اخباره بهذه الحوادث یمکن أن یکون لکذب الشیاطین، فإنهم بمنزلة الناس منهم صدوق و کذوب.

و کیف کان فقد یذکر فی المقام عدم الخلاف فی حرمة الکهانة بمعنی تحصیل الاعتقاد أو الاطلاع علی الحوادث بما تقدم، کما لا خلاف فی حرمة الاخبار بها و الرجوع فیها الی الکاهن، و فی روایة أبی بصیر عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «من تکهن أو تکهن له فقد بری من دین محمد (ص)» «۱» و فی سندها علی بن أبی حمزة البطائنی و هو ضعیف، و مع ذلک لا دلالة لها علی حرمة مجرد اخباره بالحوادث احتمالا أو ظنا، مع عدم عنوان آخر معه، کاتهام مؤمن و نحوه و فی روایة ابن إدریس فی مستطرفات السرائر نقلا عن کتاب المشیخة للحسن ابن محبوب عن الهیثم، قال:

«قلت لأبی عبد اللّه (ع): إن عندنا بالجزیرة رجلا ربما أخبر من یأتیه یسأله عن الشیء یسرق أو شبه ذلک، فقال قال رسول اللّه (ص): من مشی الی ساحر أو کاهن أو کذاب یصدقه بما یقول فقد کفر بما انزل اللّه من کتاب» و ذکر المصنف ره ظاهر هذه الصحیحة حرمة الاخبار عن الغائبات بالجزم سواء کان بالکهانة أو بغیرها لدلالتها علی ان المخبر بها ساحر أو کاهن أو کذاب و الکل حرام.

و فیه أن الروایة ضعیفة لا صحیحة، فإن رواة کتاب الحسن بن محبوب لابن إدریس مجهولون لنا، (ثانیا) ان ظاهرها حرمة تصدیق قول الکاهن، و التصدیق فی الأمارات الموهومة أو المعتبرة ظاهره التصدیق العملی أی ترتیب الأثر علی قوله،

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۲۶) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۸

[اللهو حرام]

اللهو حرام (۱).

کاتهام شخص بالسرقة أو بالقتل و نحوهما. و أما نفس اخبار الکاهن فلا دلالة للروایة علی حکمه أصلا.
و الحاصل أنه لا اعتبار باخبار الکاهن و لا یثبت به کون فلان سارقا أو کون شیء ملکا لفلان، أو غیر ذلک و لا یجوز اتهام مؤمن به.
و أما غیر ذلک کالأخبار بحادثة ماضیا أو مستقبلا فان حصل الاعتماد بها جزما أو ظنا فیصح الاخبار بها جزما أو ظنا، و مع عدم الاعتقاد یدخل الاخبار بها فی الکذب موضوعا أو حکما علی ما تقدم، من غیر فرق بین کون المنشأ للاعتقاد الحدس أو الرمل أو الجفر أو غیر ذلک. و ما یظهر من المصنف (ره)- من حرمة النظر و التأمل لاستظهار الحوادث فی غیر الرمل و الجفر- کما تری.
(۱) یظهر من جماعة حرمة اللهو مطلقا، و یستدل علی ذلک بوجوه: (الأول) إیجاب التمام علی من یکون سفره للصید تنزها، و قد ذکر فی بعض ما یدل علیه من الروایات (إنما خرج فی لهو لا یقصر) و لکن هذا الوجه غیر تام، لعدم الملازمة بین وجوب التمام و حرمة السفر. و قد تقدم الکلام فی ذلک سابقا، و قلنا انه یظهر من بعض الأصحاب أن السفر للصید تنزها و بطرا من أفراد السفر للمعصیة، و لکنه غیر صحیح.
(الوجه الثانی) روایة الأعمش الواردة فی الکبائر «۱» فإن من الوارد فیها الملاهی التی تصد عن ذکر اللّه عز و جل کالغناء و ضرب الأوتار، و ذکر الغناء مثالا للملاهی قرینة علی أنها جمع الملهی مصدر میمی أو الملهی وصف من باب الأفعال، لا جمع الملهاة اسم الإله فتکون ظاهرة فی حرمة اللهو، و حملها- علی جمع اسم الآلة و تقیید الغناء بکونه مقارنا باستعمال تلک الآلات حتی یصح مثالا للجمع من اسم الآلة بلا قرینة- غیر ممکن. نعم الروایة ضعیفة سندا، فلا یمکن الاعتماد علیها.
(الوجه الثالث) روایة العیون «۲» حیث عد فیها من الکبائر الاشتغال بالملاهی

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۱) الباب: (۴۶) من أبواب جهاد النفس و ما یناسبه- الحدیث: (۳۶)
(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۱۱) الباب: (۴۶) من أبواب جهاد النفس و ما یناسبه- الحدیث: (۳۳)
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۴۹

[مدح من لا یستحق المدح]

مدح من لا یستحق المدح (۱)

و فیه أن ظاهر الملاهی بلا قرینة هو الجمع من اسم الآلة، و الاشتغال بها عبارة عن اللهو بها، و لا شبهة فی حرمة استعمال تلک الآلات. و إنما الکلام فی المقام فی حرمة مطلق اللهو، هذا مع أن فی سند الروایة ضعف کما تقدم سابقا.
(الوجه الرابع) ما ورد فی بعض روایات حرمة القمار من قوله کل ما الهی عن ذکر اللّه فهو المیسر) و لکن هذا العموم بظاهره لا یمکن الأخذ به، فان لازمه حرمة الاشتغال بالافعال التی لا یکون الإنسان مع الاشتغال بها متذکرا للّه تعالی و حمله علی غیر ظاهره یحتاج إلی قرینة معینة، و کذا لا دلالة فیما ورد فی أن لهو المؤمن من الباطل، فإنه لا ظهور للباطل فی الحرمة.
و المتحصل انه لیس فی البین ما یمکن الاعتماد علیه فی تحریم مطلق اللهو نعم لا کلام فی حرمة اللهو باستعمال الآلات المعدة له من ضرب الأوتار و غیرها.
هذا بالإضافة إلی اللهو و أما اللعب فقد تقدم أنه ایضا بإطلاقه غیر محرم، بل المحرم اللعب بالآلات المعدة للقمار أو بغیر تلک الآلات. و لکن مع الرهن. و لا یبعد ان یعم اللعب مثل أفعال الأطفال الناشئة عن غیر القوی الشهویة، بخلاف اللهو، فإنه یختص

بالأفعال التى يكون الـداعى إليها تلك القوى، و لـذا ذكر سـبحانه فى قوله أَنَّمَا الْحَيٰاةُ الـدُّنْيٰا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ زِينَةٌ وَ تَفٰاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَ تَكٰاثُرٌ فِي الْأَمْوٰالِ اللعب أولا و اللهو ثانيا و الزينـة و التفاخر بالأموال و الأولاد ثالثا، و نظير اللهو اللغو، بل لا يبعـد ترادفهما، و أنه لا حرمة فيه حتى يندرج فى أحد العناوين المحرمة كالغناء و القمار و نحوهما كما لا يخفى.

(۱) ذكر العلامة فى المكـاسب المحرمـة مـدح مـن لاـ يسـتحق المـدح، و ذكر المصـنف (ره) فى وجـه حرمتـه حكـم العقـل بقبحه المستكشف منه حرمته شرعا بقاعدة الملازمة.

(أقول) لم يحرز حكم العقـل بالقبـح على مجرد المـدح، كمـا لاـ دلالـة على حرمته فى آيـة النهى عن الركون الى الظـالم، لاـن مجرد المدح ليس من الركون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۵۰

[و معونة الظالمين فى ظلمهم حرام]

و معونة الظالمين فى ظلمهم حرام (۱)

اليه، و إن كان يظهر ذلك من صاحب الوسائل (ره)، حيث أورد فى باب حرمـة مدح الظالم ما يكون متضـمنا للاية، بل لو كان مجرد المدح ركونا لكان محرما و لو كان الجائر مستحقا له ببعض أعماله، و أما النبوى «من عظم صاحب الدنيا و أحبه طمعا فى دنياه سخط اللّه عليه و كان فى درجته مع قارون فى التابوت الأسـفل من النار «۱» فضعيف سندا و باطل مضمونا لجواز تعظيم المزبور و عدم كونه موجبا لعقاب فضـلا عن العقاب الوارد فيه. و اما النبوى الآخر «من مـدح سـلطانا جائرا و تخفف أو تضـعضع له طمعا فيه كان قرينه فى النار «۲»» فمدلوله حرمة التواضع و التخاذل للسـلطان الجائر طمعا فيه و أن كان مستحقا للمدح ببعض اعماله و لعل حرمته باعتبار كون التواضع له ترويجا له و تشييدا لسلطانه.

و كيف كان فلو انطبق على مدح من لا يسـتحق مدحا عنوان محرم كعنوان الكذب، كما إذا سرد له اشعارا تتضمن مدائح على خلاف الواقع كان محرما و أخذ المال بها أكلا له بالباطل، و كذا فيما انطبق عليه عنوان ترويج الباطل و نحوه كما لا يخفى.

(۱) ذكره (ره) فى المقام أمورا ثلاثـة: (الأول) إعانـة الظالم على ظلمه (الثانى) كون الشـخص من أعوان الظلمـة، و كل منهما محكوم بالحرمـة، بل قيل إن اعانـة الظالم على ظلمه من الكبائر، كما هو ظاهر روايـة ورام بن أبى فراس، قال «قال عليه السـلام: من مشـى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم، فقد خرج عن الإسلام «۳» و لكن ضعفها بالإرسال، و عدم دلالتها على خصوص الإعانة على

---

(۱) الوسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (۱۴).

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب. (۴۳) من أبواب ما يكتسب به الحديث (۱)

(۳) الوسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (۱۵).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۵۱

....

الظلم، و شـمولها لإعانـة الظالم- و لو على فعله المباح- مانع عن الاعتماد عليها نعم ورد كونها كبيرة فى روايتى الأعمش و الفضل بن شاذان الواردتين فى تعداد الكبائر «۱» و فيهما ايضا ضعف كما تقدم، و لكن حرمتها مسلمة و تدل عليها الروايات الكثيرة.

(منها) صحيحة عبد اللّه بن سنان، قال: «سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: من أعان ظالما على مظلوم لم يزل اللّه عليه ساخطا حتى ينزع من معونة «۲» و قريب منها غيرها. و ما ذكرناه- فى مسألة بيع العنب ممن يعلم أنه يصنعه خمرا من عدم الحرمة لمجرد اعانة الغير على الحرام الصادر منه، بل المحرم هو التعاون على الحرام، بان يجتمع اثنان أو أكثر على إيجاد الحرام بان، يصدر ذلك الحرام عن مجموعهم، بخلاف الإعانة التى لا يقصد المعين الا عمله الذى يمكن للغير التوصل به الى الحرام، و بعبارة أخرى الحرام يصدر عن ذلك الغير، و الصادر عن المعين مقدمة من مقدمات ذلك العمل- لا يجرى فى إعانة الغير على ظلمه، فان الإعانة هذه بنفسها محرمة كمن وضع سوطا بين يدى ظالم يريد ضرب الآخر، و فى النبوى «و من علق سوطا بين يدى سلطان جائر جعله اللّه حية طولها سبعون الف ذراع فيسلطه اللّه عليه فى نار جهنم خالدا فيها مخلدا» «۳» و كذا لا ينبغى الريب فى حرمة كون الشخص من أعوان الظلمة على تفصيل يأتى فى بحث الولاية من قبل الجائر.

(الأمر الثالث) اعانة الظالم على فعله المباح و قد يظهر من بعض الأخيار حرمتها، كرواية يونس بن يعقوب، قال: «قال لى أبو عبد اللّه (ع) لا تعنهم على بناء مسجد» «۴» و فى معتبرة ابن ابى يعفور عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «إذ دخل عليه رجل

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۴) من أبواب جهاد النفس- الحديث: (۳۳ و ۳۶)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۸۰) من أبواب جهاد النفس- الحديث: (۵)

(۳) الوسائل (الجزء ۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به الحديث (۱۰)

(۴) الوسائل (الجزء ۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به الحديث (۸)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۵۲

....

فقال. جعلت فداك إنه ربما أصاب الرجل منا الضيق أو الشدة، فيدعى إلى البناء يبنيه أو النهر يكريه أو المسناة يصلحها فما تقول فى ذلك؟ قال: ما أحب أنى عقدت لهم عقدة أو وكيت لهم وكاء و أن لى ما بين لابتيها و لا مدة بقلم، إن أعوان الظلمة يوم القيمة فى سرادق من نار حتى يحكم اللّه بين العباد» «۱» و وجه اعتبارها سندا أن بشيرا من مشايخ ابن ابى عمير، فيعمه التوثيق العام المذكور فى عدة الشيخ (ره) و المسناة ما يبنى على وجه السيل و يقال له السد، و الوكاء ما يشد به رأس القربة، فقوله و وكيت لهم وكاء، أى أشد لهم رباط القربة و الواو- فى قوله: (و ان لى ما بين لابتيها)- حالية بمعنى أنى لا- أحب ما ذكر و إن كان لى فى مقابله ما بين لابتى المدينة، و اللابتين تثنية اللابة، و هى أرض ذات أحجار سود، و كأن المراد بهما الجبلان فى ناحيتى المدينة. و قوله: (و لا مدة بقلم) أى لا أحب أخذ المداد بالقلم لهم مرة، و السرادق الخيمة.

و الحاصل أن المذكور فى الرواية من قبيل إعانة الظالم على الفعل المباح أو على ما يعمه. و فى معتبرة السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه، قال: «قال رسول- اللّه (ص): إذا كان يوم القيمة فنادى مناد أين أعوان الظلمة، و من لاق لهم دواة، أو ربط كيسا، أو مد لهم مدة قلم؟ فاحشروهم معهم» «۲».

و رواية محمد بن عذافر عن أبيه قال: «قال أبو عبد اللّه (ع): يا عذافر نبئت أنك تعامل أبا أيوب و الربيع، فما حالك إذا نودى بك فى أعوان الظلمة؟ قال: فوجم أبى، فقال أبو عبد اللّه (ع)- لما رأى ما أصابه-: أى عذافر إنما خوفتك بما خوفنى اللّه عز و جل، قال محمد فقدم أبى، فما زال مغموما مكروبا حتى مات».

و رواية صفوان بن مهران الجمال، و لا يبعد كونها موثقة، قال: «دخلت على

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: ۴۲ من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۶)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۵۳

....

ابى الحسن الأول (ع)، فقال لى: يا صفوان كل شيء منك حسن جميل ما خلا شيئا واحدا، قلت جعلت فداك أى شيء؟ قال: إكراؤك جمالك من هذا الرجل، يعنى هارون، فقال: و اللّه ما أكريته أشرا و لا- بطرا و لا للصيد و لا للهو، و لكنى أكريته لهذا الطريق، اى طريق مكة، و لا أتولاه بنفسي، و لكن أبعث معه غلمانى، فقال لى:

يا صفوان أ يقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم جعلت فداك، قال فقال لى: أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال من أحب بقاءهم فهو منهم، و من كان منهم ورد النار.»

و لكن ظاهر هذه جواز المعاملة و إعانتهم على الفعل المباح، و ذلك فإنه لو كانت معاملة الجائر حراما، لم يكن وجه لقوله (ع) أ يقع كراؤك عليهم و أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك، بل كان المتعين أن يقول (ع): إن الإكراء منهم حرام حتى فيما إذا لم يكن للهو و البطر، و عدوله (ع)- عن ذلك إلى ما فى الرواية- قرينة واضحة على أن وجه النهى عن المعاملة هو حب الشخص بقاءهم. و من الظاهر أن هذا النحو من الحب- الذى هو فى الحقيقة حب لاستيفاء حقه منه- لا يكون محرما، خصوصا فيما إذا علم أنه على تقدير ذهاب هذا الظالم يخلفه ظالم آخر مثله أو أخبث منه و كيف كان فالمستفاد من الرواية كون التجنب عن الجائر أولى.

(لا- يقال) ينافيه قوله (ع): «و من أحب بقاءهم فهو منهم، و من كان منهم فقد ورد النار» حيث ان مقتضاه كون هذا القسم من الحب ايضا محرما (فإنه يقال) ذكر ذلك فى الرواية باعتبار إمكان كون الحب المفروض فيها منشأ للحب الذى يسلك الشخص به فى عداد الجائرين، فيدخل النار. و مثل ذلك ما فى معتبرة ابن ابى يعفور، حيث أن التعبير فيها بقوله (ع): «ما أحب» لا دلالة فيه على الحرمة، و ما فى ذيلها- من أن أعوان الظلمة يوم القيمة فى سرادق من النار- لا يصلح أن يكون قرينة على الحرمة، لأن الشخص لا يدخل بالمفروض فى الرواية فى عنوان أعوان الظلمة، فيكون ذكره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۵۴

[النجش]

النجش بالنون المفتوحة (۱)

باعتبار أنه ربما يترتب- على التقرب الى أبوابهم بمثل ما ذكر من الأعمال- الدخول فى ذلك العنوان الموجب لاستحقاق النار. و ما فى معتبرة السكونى: «إذا كان يوم القيمة نادى مناد أين أعوان الظلمة و من لاق لهم دواة أو ربط كيسا» محمول بقرينة رواية صفوان و غيرها على كون ربط الكيس و نحوه من إعانتهم على الظلم، كما إذا كان ما فى الكيس من أموال الجور: و يحمل مثل رواية يونس بن يعقوب الوارد فيها النهى عن إعانتهم على بناء المسجد على صورة ترويج أمرهم و تشييد سلطانهم، فلا يمكن التعدى إلى مثل بيع الطعام منه لسد جوعه و جوع عياله، فان جواز مثل هذه المعاملة و الإعانة لعله من الضروريات.

(۱) النجش- بفتح النون و سكون الجيم أو فتحها أيضا- هى الزيادة فى ثمن المتاع ممن لا يريد شراءه لغرض إيهام السامع المريد لشرائه حتى يزيد بزيادته، كان ذلك بالمواطاة مع البائع أو بدونها. و ذكر المصنف (ره) أن حرمته مقتضى حكم العقل و النقل، فإنه

قد ورد النهی عنه بقوله (ص): «و لا- تناجشوا» کما ورد اللعن فی النبوی الآخر علی الناجش و المنجوش له. و استقلال العقل بقبحه باعتبار کونه غشا و تلبیسا و إضرارا. فتتم حرمته بالملازمة.

و فیه أنه لا دلیل علی حرمة مجرد التلبیس ما لم یکن غشا فی المعاملة أو کذبا.

و أما الإضرار فلا- یکون الا بشراء المشتری لا بفعل الناجش. نعم فعله یوجب غفلة المشتری عن قیمة المبیع، فیوقع نفسه فی الضرر بشرائه، فیکون فعله غشا، و تختص حرمته بما إذا کان المشتری مسلما. و بذلک یظهر أنه لا مجال لدعوی الإجماع، فإنه علی تقدیره یمکن أن یکون مدرکه ما دل علی حرمة الغش، لا النبوی، کی یدعی أنه جابر لضعفه، هذا مع أن النبوی مختص بصورة المواطاة بقرینة اللعن فیه علی المنجوش له، حیث انه لا موجب له إلا مواطاته مع الناجش.

ثم ان حرمة النجش حتی فی صورة المواطاة لا توجب بطلان المعاملة، لعدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۵

[النمیمة محرمة]

النمیمة محرمة بالأدلة الأربعة (۱)

اقتضاء النهی عن المعاملة تکلیفا فسادها، و کذا الحال فی مدح السلعة کذبا أو لإیقاع الغیر فی الضرر من جهة الغش، فان هذا و إن کان محرما، الا أنه لا یوجب بطلان المعاملة و أما إذا کان المدح صدقا فلا وجه لحرمته، خصوصا فیما إذا لم تکن فی البین مواطاة، بل لو أغمض عن سند النبوی، فشمول معنی النجش لذلک غیر محرز کما لا یخفی.

(۱) ذکر (ره) أن النمیمة من الکبائر، کما هو مقتضی ورود اللعن و الوعید علیه بالعذاب فی الکتاب المجید، قال عز من قائل وَ یَقْطَعُونَ مٰا أَمَرَ اللّٰهُ بِهِ أَنْ یُوصَلَ وَ یُفْسِدُونَ فِی الْأَرْضِ أُولٰئِکَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدّٰارِ «۱». و النمام قاطع لما أمر اللّه به ان یوصل من تألیف قلوب المؤمنین و بسط المحبة فیما بینهم. و فیه أن ظاهر أمر اللّه بصلته وجوبها. و من الظاهر عدم وجوب الصلة مطلقا، فلا دلالة للایة علی حرمة النمیمة فی غیر مورد الصلة الواجبة.

و بعبارة أخری غایة ما یستفاد من الآیة حرمة النمیمة بین شخصین أو أشخاص یکون کل منهما أو منهم مکلفا بالصلة مع الآخر أو الآخرین، بل یمکن أن یقال:

ظاهر الآیة حرمة قطع الصلة بأن یترک الصلة مع ذی رحمه، و لا نظر لها إلی النمیمة أصلا، کما أن مجرد النمیمة لا تکون فسادا فی الأرض، کما إذا أوقع الخلاف بین المتحابین من غیر أن یترتب علی التفرقة بینهما فساد آخر، فان هذا الإیقاع نمیمة، و لکن لا یصدق علیه أنه فساد فی الأرض، و کذا الحال فی الآیة الثانیة، فإن ظاهرها- بملاحظة صدرها- إیقاع الفتنة بین المؤمنین و تفریق صفوفهم فی مقابل الکفار، فان هذا أکبر من قتل المؤمن. و لا یترتب ذلک علی کل نمیمة حتی تقتضی حرمتها مطلقا، قال عز من قائل:

---

(۱) سورة الرعد (۱۳) الآیة: (۲۵).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۶

و قیل إن حد النمیمة (۱)

[النوح بالباطل]

النوح بالباطل (۲)

یَسْئَلُونَکَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرامِ قِتالٍ فِیهِ، قُلْ قِتالٌ فِیهِ کَبِیرٌ وَ صَدٌّ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ وَ کُفْرٌ بِهِ وَ الْمَسْجِدِ الْحَرامِ وَ إِخْراجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَکْبَرُ عِنْدَ اللّهِ وَ الْفِتْنَةُ أَکْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ «۱».

و بتعبیر ثالث لا یکون مطلق إیقاع الخلاف بین اثنین أکبر من قتل المؤمن و التعبیر بأنها أکبر من القتل قرینة واضحة علی ان المراد بها الفتنة الخاصة، و هی إیقاع الخلاف و التشتت فی صفوف المسلمین، بداعی تضعیفهم فی مقابل الکفار و یستدل ایضا علی حرمتها بقوله سبحانه هَمّازٍ مَشّاءٍ بِنَمِیمٍ «۲» و عن السید الخوئی طال بقاه أن مدلولها حرمة المبالغة فی النمیمة و لا تدل علی حرمة أصلها و فیه أنه لا- دلالة لها علی حرمتها أصلا لا- مع المبالغة و لا- بدونها، بل هی واردة فی بیان حکم آخر، و هو عدم جواز الاتباع و الطاعة للحلاف الهماز المشاء بنمیم مناع للخیر معتد أثیم.

نعم لا ینبغی الریب فی حرمتها مطلقا و یکفی فی إثباتها الروایات: کصحیحة علی بن جعفر عن أبی الحسن علیه السلام، قال: «حرمت الجنة علی ثلاثة مدمن خمر، و النمام، و الدیوث و هو الفاجر «۳» و صحیحة محمد بن قیس عن ابی، جعفر علیه السلام، قال: «الجنة محرمة علی القتاتین المشائین بالنمیمة «۴»

(۱) لا عبرة فی صدق النمیمة بکراهة الکشف، بل المعیار فی صدقه نقل ما یکون وقیعة بین المنقول عنه و المنقول الیه.

(۲) لا ینبغی الریب فی جواز النیاحة علی المیت ما لم تکن باطلة أی مدحا کذبا، فإنها مع کونها مقتضی الأصل فیجوز أخذ الأجرة علیها، نظیر سائر الأعمال المحللة، یدل علیه ما ورد فی جواز أخذ الأجرة علیها، و فی صحیحة أبی بصیر، قال: «قال أبو عبد اللّه علیه السلام: لا بأس بأجر النائحة التی تنوح علی المیت» «۵»

---

(۱) سورة البقرة (۲)- الایة (۲۱۷).

(۲) سورة القلم (۶۸)- الایة (۱۱)

(۳) وسائل الشیعة: الجزء (۱۱) الباب: (۱۶۶) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۹)

(۴) وسائل الشیعة: الجزء (۱۱) الباب: (۱۶۶) من أبواب أحکام العشرة- الحدیث: (۲)

(۵) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۷)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۵۷

....

و المراد النیاحة التی لا تکون کذبا فإنه لا یحتمل جواز الکذب تکلیفا، و جواز أخذ الأجرة علیه وضعا، بل مرسلة الصدوق قال: «قال علیه السلام: لا بأس بکسب النائحة إذا قالت صدقا» «۱» و هذه لضعف سندها تصلح للتأیید. و فی خبر عذافر قال: «سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام، و سئل عن کسب النائحة؟ فقال: تستحله بضرب احدی یدیه علی الأخری» «۲» و ظاهرها عدم جواز أخذ الأجرة علی نفس النیاحة، بل تکون الأجرة بإزاء عملها أی ضرب احدی یدیه بالأخری عند نیاحتها و هذا لضعف سنده غیر صالح لمعارضة صحیحة أبی بصیر.

و فی صحیحة حنان بن سدیر، قال «کانت امرأة معنا فی الحی، و لها جاریة نائحة، فجاءت الی أبی، فقالت: یا عم أنت تعلم أن معیشتی من اللّه، ثم من هذه الجاریة، فأحب أن تسأل أبا عبد اللّه علیه السلام عن ذلک، فان کان حلالا، و إلا بعتها و أکلت من ثمنها، حتی

یأتی اللّه بالفرج، فقال لها أبی: و اللّه أنی لأعظم أبا عبد اللّه علیه السلام أن أسأله هـذه المسألة قال فلما قدمنا علیه أخبرته أنا بذلک، فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: تشارط؟ فقلت: و اللّه ما أدری تشارط أم لا، قال: قل لها لا تشارط و تقبل ما أعطیت «۳» و هذه الصحیحة فی نفسها ظاهرة فی کراهة المقاطعة، فإنه مع کون النیاحة مباحة، فلا بأس بالمشارطة، و لا أقل من حملها علیها جمعا بینها و بین صحیحة أبی بصیر المتقدمة.

و الحاصل أنه لا ینبغی التأمل فی جواز النیاحة و أخذ الأجرة علیها، و فی صحیحة یونس بن یعقوب عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: قال لی أبی یا جعفر أوقف لی من مالی کذا و کذا لنوادب تندبنی عشر سنین بمنی أیام منی» «۴»

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۹)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۴)

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۳)

(۴) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۱۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۸

[الولایة من الجائر]

اشارة

الولایة من الجائر (۲).

---

(۲) التصدی للعمل من قبل الجائر حرام بلا خلاف ظاهر. و یستدل علیه بقوله سبحانه وَ لٰا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا «۱» و لکن لا یخفی أن التولی من قبیل رکون الظالم الیه، لا من رکونه الی الظالم. نعم مقتضی غیر واحد من الروایات عدم جوازه. و فی معتبرة ابن ابی یعفور عن ابی عبد اللّه علیه السلام:

«ان أعوان الظلمة یوم القیامة فی سرادق من النار حتی یحکم اللّه بین العباد» «۲» و موثقة السکونی عن جعفر بن محمد عن آبائه، قال: «قال رسول اللّه: إذا کان یوم القیامة نادی مناد أین أعوان الظلمة، و من لاق لهم دواة أو ربط کیسا أو مد لهم مدة قلم، فاحشروهم معهم» «۳» و فی موثقة الأخری إیاکم و أبواب السلطان و حواشیها، فإن أقربکم من أبواب السلطان و حواشیها أبعدکم من اللّه عز و جل، و من آثر السلطان علی اللّه أذهب اللّه عنه الورع و جعله حیرانا» «۴» و فی روایة الکاهلی عن ابی عبد اللّه (ع) «من سود اسمه فی دیوان ولد سابع، حشره اللّه یوم القیامة خنزیرا» «۵» الی غیر ذلک.

و فی مقابلها ما یظهر منه أن حرمته من جهة الحرام الخارجی، و أنه لا بأس به ما لم یکن منه التصدی لعمل محرم أو ارتکاب حرام آخر أثناء کونه عاملا للجائر، کروایة داود الزربی، قال: «أخبرنی مولی لعلی بن الحسین (ع)، قال: کنت بالکوفة فقدم أبو عبد اللّه (ع) الحیرة، فأتیته فقلت جعلت فداک: لو کلمت داود بن علی أو بعض هذه الولایات، فقال: ما کنت افعل- الی ان قال-: جعلت فداک ظننت أنک إنما کرهت ذلک مخافة أن أجور أو أظلم، و أن کل امرأة لی طالق، و کل مملوک لی حر و علی و علی إن ظلمت أحدا أو جرت علیه، و أن أعدل، قال: کیف

---

(۱) سورة یونس (۱۰) الایة: (۱۳)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۴۲) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (۶)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۴۲) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (۱۱)

(۴) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۴۲) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (۱۳)

(۵) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۴۲) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (۹)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۵۹

....

قلت؟ فأعدت عليه الأيمان، فرفع رأسه الى السماء، فقال: تناول السماء أيسر عليك من ذلك» «۱» بناء على أن ذلك إشارة الى ما تعهد به السائل من عدم ظلمه أحدا بل استمراره على العدل، فتكون الرواية ظاهرة فى جواز التولى لو لا محذور الجوز على الناس أو نحوه من سائر المحاذير.

و لكن الرواية ضعيفة سندا و إن وصفها المصنف (ره) بالصحة، و وجه ضعفها أن داود بن زربى و ان كان من مشايخ ابن ابى عمير، إلاـ أن الراوى له- و هو مولى على بن الحسين- مجهول. و احتمال رجوع اسم الإشارة إلى ترخيص الامام عليه السلام و تكلمه فى دخوله فى بعض الولايات- لئلا تكون لها دلالة على جواز الدخول لو لا ارتكاب المحرمات- ضعيف. و وجه ضعفه عدم مناسبة ذلك لقوله (ع) كيف قلت؟ و لا لإعادته الايمان المغلظة.

و ذكر الإيروانى (ره) انه لا دلالة فى الرواية على جواز الدخول فى ولايتهم، بل و لا اشعار حتى بناء على رجوع لفظ ذلك إلى ترك الظلم و العدل، لأـن السائل كان من العامة كما هو مقتضى حلفه بالطلاق و العتاق. و عليه فلا يمكن للإمام (ع) التصريح ببطلان حكومتهم، و حرمة كون الشخص معينا. و لهذه الجهة عبر عن عدم الجواز بذلك التعبير.

و فيه ان حمل الكلام على رعاية التقية خلاف الأصل، و الحلف بالطلاق و العتاق لا تكون قرينة على ذلك، كما يظهر ذلك لمن راجع الروايات الواردة فى ذلك الحلف، حيث يظهر منها أن بطلانه لم يكن فى ذلك الزمان ظاهرا كظهوره فى زماننا.

و الحاصل أن مجرد الحلف فى ذلك الزمان لم يكن قرينة على كون الحالف عاميا. و صحيحة أبى بصير قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن أعمالهم؟ فقال لى: يا أبا-

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۴۵) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۶۰

[المجوزات لقبول الولاية عن الجائر]

[القيام بمصالح العباد]

القيام بمصالح العباد (۱)

محمد لا و لا مدة قلم، إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا أصابوا من دينه مثله» «۱» حيث أن ظاهرها أن محذور كون الشخص عاملا ما يترتب عليه من ارتكاب الحرام، أو كون الشخص معينا على ظلمهم.

و صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «و سألته عن رجل مسكين خدمهم رجاء أن يصيب معهم شيئا فيعينه اللّه به، فمات فى بعثهم، قال: هو بمنزلة الأجير، إنه انما يعطى اللّه العباد على نياتهم» «۲» و فيه أن هذه الصحيحة تدل على جواز العمل لهم مع الحاجة

إلى المال لقوت نفسه و عياله، سواء كان ذلك بالـدخول فى ولايتهم أو العمل لهم بـدونه، فيحمل على الثانى بقرينة ما ورد فى حرمة كون الشخص فى ديوانهم، مع أن فى جواز الدخول فى ديوانهم عند الضرورة لتأمين المعاش كلام تأتى الإشارة اليه.

و أما صـحيحة أبى بصـير فلا دلالـة لها على الجواز، حيث أن أصابتهم من دينه كما يكون بارتكابه الحرام كذلك يكون بمجرد كونه معدودا من أعوانهم. و الحاصل أنه لا دلالة لها على كون المراد من أصابتهم الدين ارتكاب الشخص الحرام الخارجى كما لا يخفى.

(۱) يجوز التولى من قبل الجائر فيما إذا كان فى توليه نفع المؤمنين أو دفع الضـرر عنهم. و يشـهد لذلك مثل صـحيحة على بن يقطين قال: «قال لى أبو الحسن موسـى بن جعفر عليهما السـلام: إن اللّه تبارك و تعالى مع السـلطان أولياء يـدفع بهم عن أوليائه» «۳» فإن مع كون المتولى من أولياء اللّه لا يحتمل حرمة التولى. و فى صـحيحة زيد الشـحام، قال: «سـمعت الصادق جعفر بن محمد عليهما السـلام يقول: من تولى

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۸) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۲)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۶۱

....

امرا من أمور النـاس، فعـدل و فتـح بـابه و رفع ستره و نظر فى أمور النـاس، كـان حقا على اللّه عز و جل ان يؤمن روعته يوم القيامـة و يدخله الجنة» «۱».

و من الظاهر أن تولى الأمر فى مثل زمانه (ع) كان من قبل الخلفاء و ولاتهم، و ذكر المصـنف (ره) ظهور بعض الاخبار فى عدم جواز الدخول فى الولايات، و لكن إيصال النفع المؤمنين كفارة له. و فى مرسـلة الصدوق (ره) «قال الصادق (ع): كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الاخوان» «۲» و فى رواية أبى سلمة «فإن وليت شيئا من أعمالهم، فأحسن إلى إخوانك، فواحدة بواحدة» «۳».

و فيه انه لاـ يمكن الالـتزام بـأن التولى- حـتى فى فرض نفع المؤمنين- محرم و لكن الشـخص لاـ يعـاقب عليه، فـإنه ينـافى ذلـك مثل صحيحـة زيـد الشـحام، و ايضـا ليس عـدم جواز التولى مع إيصال النفع إلى المؤمنين من المتزاحمين، لان إيصال النفع على إطلاقه لا يكون واجبا لتقع المزاحمة بين وجوبه و حرمة التولى، فلا بد من الالتزام بأن نفع المؤمنين أو دفع الضـرر عنهم عنوان يكون معه التولى محكوما بالجواز، بل بالوجوب فى بعض الأحيان.

و فى روايـة أبى بصـير عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «سـمعته يقول: ما من جبار الا و معه مؤمن يدفع اللّه عز و جل به عن المؤمنين، و هو أقلهم حظـا فى الآـخرة يعنى أقل المؤمنين حظا فى الآخرة» «۴» و مقتضـى إطلاقها عـدم الفرق بين كون الداعى إلى دخوله فى ديوان الجبار إيصال النفع إليهم أو غيره، كما لا يبعد كونها معتبرة، فإن مهران بن محمد بن ابى نصر من مشايخ ابن ابى عمير.

و عن النجاشى فى ترجمة محمد بن إسماعيل بن بزيع عن ابى الحسن الرضا (ع) قال: «فان للّه فى أبواب الظلمة من نور اللّه به البرهان، و مكن له البلاد ليدفع بهم عن

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۳) الباب: (۴۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۷)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۱۳) الباب: (۴۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۳)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۳) الباب: (۴۶) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۹)

(۴) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۴) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۲

و لو أمن من ذلک (۱)

أولیائه و یصلح اللّه بهم أمور المسلمین، إلیهم ملجأ المؤمنین من الضر، و إلیهم مرجع ذوی الحاجة من شیعتنا، بهم یؤمن اللّه روعة المؤمنین فی دار الظلمة، أولئک المؤمنون حقا، أولئک أمناء اللّه فی أرضه، أولئک نور اللّه فی رعیته یوم القیمة تضیء منه القیامة، خلقوا و اللّه للجنة، و خلقت الجنة لهم، فهنیئا لهم، ما علی أحدکم ان لو شاء لنال هذا کله، قال قلت بما ذا جعلنی اللّه فداک؟ قال: یکون معهم یسرنا بإدخال السرور علی المؤمنین من شیعتنا فکن منهم یا محمد» «۱».

و مقتضی الجمع بین هذه الروایة و روایة أبی بصیر حمل روایة أبی بصیر علی ما لم یکن الداعی إلی التولی مجرد نفع المؤمنین، کما إذا تولی لتنظیم معاشه، و یکون من قصده نفع المؤمنین أو دفع الضرر عنهم خلاله. و وجه الحمل أن روایة النجاشی ظاهرها الترغیب الی الدخول فی صحبة الجبار بداعی الوصول الی الثواب الموعود، فیرفع بها الید عن إطلاق روایة أبی بصیر کما لا یخفی.

(۱) أی أنه لو أمن من الاعتماد علی الحرام و الاستمرار علی ارتکابه. و تمکن من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر استحب له قبول الولایة. و بما ان مقتضی وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر وجوب قبول الولایة فی الفرض، فوجه فی المسالک الاستحباب بأن کون المتولی بصورة النائب عن الجائر، و شمول النهی عن الدخول فی دیوانهم له لو لم یقتضیا المنع فی الفرض، فلا أقل من اقتضائهما عدم وجوب التولی.

و فیه أنه لو جری محذور ترویج الجائر و النهی عن الدخول فی دیوانهم، فمقتضاهما عدم جواز التولی، لا أنه یستحب، و مع عدم جریانهما لا مانع من وجوبه مقدمة للأمر بالمعروف و النهی عن المنکر الواجبین.

---

(۱) رجال النجاشی- (ص ۲۵۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۳

و یمکن توجیهه بان نفس الولایة (۱) و یمکن توجیه عدم الوجوب (۲)

---

(۱) أی توجیه عدم وجوب التولی بأن مقتضی أدلة وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر وجوبهما، حتی فی الفرض، کما أن ما دل علی حرمة ترویج الظلمة و تسوید الاسم فی دیوانهم حرمتها کذلک، فیکون وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر مع حرمة التسوید من المتزاحمین.

و لا معین لترجیح أحدهما علی الآخر، فیکون المکلف مخیرا بینهما، مع استحباب رعایة الأصلح منهما.

أقول لا یخفی ما فیه، فان مقتضی ذلک سقوط وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و بقاء حرمة التولی، و ذلک فإنه- مع فرض شمول دلیل النهی عن الدخول فی دیوانهم للمورد- لا یتمکن المکلف من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، حیث أن کل تکلیف مشروط بالقدرة، و مع حرمة مقدمة الشیء لا یکون ذلک الشیء مقدورا. و هذا غیر ما ذکر فی الکفایة، لجریانه حتی فیما إذا قیل بأن القدرة المأخوذة فی وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر عقلیة.

و الحاصل ان إطلاق النهی عن التسوید فی دیوانهم حاکم علی أدلة وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و هذا یجری فی کل متزاحمین یکون المحرم منهما مقدمة للآخر، و لم تحرز الأهمیة أو لم تحتمل فی خصوص جانب ذلک الآخر. نعم علی تقدیر الإتیان بالمقدمة عصیانا، یجب ذلک الآخر علی ما هو المقرر فی بحث الترتب

(۲) کان هـذا القائل جعل المقام من موارد تعارض الدلیلین بالعموم من وجه، حیث أن مقتضـی أدلة تحریم الدخول فی دیوان الظلمة حرمته فی الفرض أیضـا، کمـا أن مـا دل علی وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر وجوبهما، فیرفع الیـد عن إطلاق کل منهما، فتکون النتیجة تخییر المکلف بین ترک الدخول فی ولایتهم أو القیام بالأمر بالمعروف و النهی عن المنکر.

و بعبارة أخری یرفع الید عن ظهور کل منهما فی عدم جواز ترکه بقرینة الآخر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۴

....

و یقال باستحباب الـدخول فی ولایتهم أخـذا بظهور الترغیب، و بـذلک یرتفع الاشـکال عن جواز مقدمة الواجب بالمعنی الأخص. و وجه الارتفاع: هو سـقوط المقدمـة عن وجوبها، باعتبار وقوع المعارضـة بین ما دل علی وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و بین دلیل حرمة الدخول فی دیوان الظلمة.

و أورد علیه المصـنف (ره) بوجوه: (الأـول) أن الحکم- فی تعارض الـدلیلین بالعموم من وجه- هو سـقوطهما، و الرجوع الی الأصول أی إلی الأدلـة الأـخری لاـ التخییر بینهما، و مقتضـی الأصول فی الفرض اباحـة الـدخول فی ولایتهم، لأصالـة الإباحـة، و وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، لاستقلال العقل بوجوبهما کما هو المقرر فی محله.

(أقول): لو کـان العقـل مسـتقلا بوجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر حتی فی الفرض، لکان قرینـة قطعیـة علی جواز التولی، و تقیید إطلاق دلیل التحریم و لم تصل النوبة فی إثبات الجواز إلی أصالة الحل.

(الثانی) أن التخییر- علی تقدیره فی تعارض الدلیلین حتی بالعموم من وجه- هو التخییر الظاهری لا الواقعی. و المراد بالتخییر الظاهری الأخـذ بأحـد الـدلیلین لاـ التخییر الواقعی کمـا هو ظـاهر الأصـحاب فی المقام (الثالث) أنه لا یمکن فی المتعارضـین بالعموم من وجه إبقاؤهمـا علی ظاهرهمـا فی موردی افتراقهما، بان یراد من الأمر الوجوب، و من النهی التحریم، و یرفع الیـد عنهما بالإضافـة إلی مورد اجتماعهما، بان یراد من الأمر الترخیص فی الفعل، و من النهی الترخیص فی الترک فان هذا یسـتلزم استعمال کل من الأمر و النهی فی الإلزام و الترخیص. و هذا من استعمال اللفظ فی معنیین.

(أقول) اسـتفادة الجواز من دلیـل حرمـة التولی لیس من جهـة اسـتعمال النهی فی الإلزام و الترخیص، بل برفع الیـد عن إطلاق النهی و تقییده بصورة عدم القیام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۵

....

بالأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، کما أن استفادة الجواز من دلیل وجوب الأمر بالمعروف بتقییده بما إذا لم یکن فی البین محذور التولی من الجائر، و أین هذا من استعمال النهی أو الأمر فی الإلزام و الترخیص.

(الرابع) أن ما دل علی استحباب التولی و إیصال النفع إلی المؤمنین و الدفع عنهم أخص مطلق بالإضافة الی ما دل علی حرمة الدخول فی ولاـیتهم، فیرفع الیـد به عن إطلاـق دلیل التحریم، و یلاحظ دلیل الترخیص مع أدلـة وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر. و من الظاهر أن دلیل استحباب التولی یثبت الاستحباب بما هو هو، فلا ینافی وجوبه مقدمة للأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، کما هو الحال فی سائر المستحبات التی قد تقع مقدمة للواجب.

و بعبارة أخری ما دل علی حرمة التولی مخصـص فی صورة نفع المؤمنین، فلا یشـمل ذلک الدلیل صورة الدخول فی ولایتهم و القیام بالأمر بالمعروف و النهی عن المنکر أو غیرهما من مصالح المسـلمین. و علی ذلک فیعم الفرض ما دل علی وجوب الأمر بالمعروف و

النهی عن المنکر، علی ما هو المقرر فی بحث انقلاب النسبة.

(أقول) هذا الوجه الأخیر هو الصحیح فی تقدیم ما دل علی وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، لا لأن المقام من المتعارضین بالعموم من وجه، بل لان المقام- مع قطع النظر عن هذا الوجه- من موارد التزاحم، و أن ما دل علی تحریم التولی موجب لانتفاء القدرة علی الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، إلا أن مع ورد التخصیص لأدلة حرمة التولی فی صورة نفع المؤمنین لا یکون فی البین تزاحم، حیث أن الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر من نفع المؤمنین أو أولی منه.

ثم انه لا یختص جواز التولی عن الجائر بالجائرین فی ذلک الزمان، بل یعم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۶

[الثانی مما یسوغ الولایة الإکراه علیه]

اشارة

الثانی مما یسوغ الولایة الإکراه علیه (۱)

الجائرین فی کل زمان، فإنه- مع بعد الاختصاص، لجریان مصلحة الدفع عن المؤمنین و إیصال النفع إلیهم فی جمیع الأعصار- یقتضیه إطلاق صحیحة زید الشحام المتقدمة فلاحظ.

ثم إنه یظهر من بعض الاخبار جواز التولی و الدخول فی أعوان الظلمة، فیما إذا لم یتمکن المکلف من تأمین معاشه من طریق آخر و فی موثقة عمار عن ابی عبد اللّه (ع) «سئل عن أعمال السلطان یخرج فیه الرجل؟ قال: لا إلا أن لا یقدر علی شیء یأکل و یشرب، و لا یقدر علی حیلة، فإن فعل فصار فی یده شیء، فلیبعث بخمسه الی أهل البیت» «۱» (لا یقال): ینافی ذلک ما تقدم من الروایات الدالة علی اعتبار نفع المؤمنین و دفع الضرر عنهم (فإنه یقال): مقتضی الجمع بین هذه و بین مثل صحیحة زید الشحام المتقدمة هو کون کل من نفع المؤمنین و الضرورة إلی مؤنة نفسه و عیاله مستثنی من حرمة کون الشخص من أعوان الظلمة، لأن الصحیحة تدل علی جواز التولی مع إیصال النفع إلی المؤمنین، و الدفع عنهم، و عدم جواز غیر ذلک، کما أن الموثقة تدل علی جواز الدخول مع الضرورة، و علی عدم جوازه فی غیرها، فیرفع الید عن إطلاق عدم جواز فی کل منهما بالجواز الوارد فی الأخری.

و کیف کان فالجواز فی فرض الضرورة لتأمین معاشه غیر مذکور فی کلماتهم، و إلا لکان الإفتاء به فی محله، و حمل عدم التمکن فیها علی الاضطرار الرافع للتکلیف و الموجب لحل أکل المیتة فیه ما لا یخفی، فلاحظ و تدبر.

(۱) یحصل الإکراه بأمر الجائر الشخص بکونه عاملا له، مع إیعاده علی ترکه بما یکون ضررا علیه نفسا أو عرضا أو مالا، أو إضرارا بمن یعد ضرره ضررا علیه. و استدل المصنف (ره) علی جواز قبول الولایة من الجائر مع الإکراه بقوله سبحانه:

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۸) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۷

[ینبغی التنبیه علی أمور]

[الأول کما یباح بالإکراه نفس الولایة المحرمة، کذلک یباح به ما یلزمها من المحرمات الأخر]

کما یباح بالإکراه (۱)

إِلّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً بعد قوله لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكافِرِينَ أَوْلِياءَ «۱».

و العجب أنه (ره) لم يستدل على حرمة كون الشخص من أعوان الظلمة و تسويد الاسم فى ديوانهم بالآية، مع تمسكه بالاستثناء فيها على جوازه مع الأكرة، فإن لازم هذا تسليم دلالتها بصدرها على حرمة قبول الولاية من الجائر. و لكن لا يخفى ما فيه فان مدلول الآية عدم جواز اختيار المسلم الكافر وليا له، سواء كان ذلك الكافر ظالما أو عادلا بحسب دينه، فلا يجوز للمسلم أن يجعل الكافر قيما لاطفاله الصغار، لدلالة الآية بصدرها على ذلك. و الكلام فى مسألة عدم جواز كون الشخص من أعوان الظلمة عدم جواز قبول الولاية من قبلهم، سواء كان الظالم مسلما أو كافرا. و الحاصل أنه لا يستفاد حرمة كون الشخص من أعوانهم من الآية المباركة ليدل الاستثناء فيها على ارتفاع حرمته عند الإكراه عليه.

(۱) لا يكون نفع المؤمنين إلا موجبا لجواز كون الشخص من أعوان الظلمة.

و أما يلزمه فى بعض الموارد فى فعل سائر المحرمات، فلا- يجوز به، بل لو كان نفعهم أو دفع الضرر عنهم واجبا، لكان مع المحرم الآخر من المتزاحمين، فيجرى عليهما أحكام التزاحم. و هذا بخلاف الإكراه على الولاية المحرمة، فإنه كما تجوز الولاية بالإكراه كذلك ترتفع حرمة ما يلازمها من سائر المحرمات على حد سواء. نعم إذا كان ما يلازمها من قبيل الإضرار بالغير ففى شمول حديث الرفع له إشكال، و وجهه أن الحديث وارد فى الامتنان على الأمة، فيختص الرفع بمورد يكون الرفع فيه امتنانا. و فى المقام ليس كذلك، فان نفى حرمة الإضرار بالغير و إن كان امتنانا على المكره بالفتح، و لكنه خلافه على الآخر المتضرر به.

هذا و اختار المصنف (ره) جواز قبول الولاية و جواز الإضرار بالغير، و ذكر فى وجهه أمورا: (الأول)- عموم رفع ما استكرهوا عليه. و قد ظهر عدم صحة هذا

(۱) سورة آل عمران (۳) الاية: (۲۸)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۶۸

....

الوجه، و أن حديث الرفع لا- يعم مثل المقام، بلا فرق بين ما إذا توجه الضرر بإرادة المكره بالكسر الى الغير أو لا و ذلك فان توجه الضرر الى الغير بحسب إرادة الجائر لا يقاس بتوجه الضرر اليه تكوينا الذى لا يجب فيه دفع الضرر عنه بتحمل الضرر و ذلك فان مع توجهه بإرادة المكره بالكسر الى الغير يكون الإضرار بمباشرة المكره بالفتح. و يضاف إليه الإضرار، فلا يجوز، بخلاف توجه الضرر الى الغير تكوينا.

و دعوى ضعف نسبة الإضرار إلى المكره بالفتح، ضعيفة و إلا لم يسند القتل ايضا الى المباشر المكره كما لا يخفى.

و على ذلك فنفى حرمة الإضرار لا يكون مدلولا لحديث الرفع، حيث ذكرنا أن الرفع فى مثل المقام لا يناسب الامتنان على الجميع.

هذا مع أن توجه الضرر فى الفرض الى الغير بحسب إرادة الجائر محل تأمل بل منع، فان المفروض رفع الجائر يده عن الغير بتحمل المكره بالفتح الضرر، و هذا كاشف عن تعلق إرادة الجائر بالجامع بين الضررين.

و الحاصل أنه لا يجوز الإضرار بالغير فى فرض جواز تحمل الضرر، نعم إذا كان الضرر المخوف على نفسه هو القتل، و إضرار الغير ماليا يتعين الإضرار، لدلالة ما ورد فى التقية على ذلك، و كون المقام من المتزاحمين.

ثم انه (ره) قد أورد على نفسه بأنه كيف الفرق بين ما إذا توجه إرادة الجائر بإضرار الغير، فلا يجب على المكره بالفتح دفع الضرر عنه بتحمله، بل تجوز له المباشرة فى الإضرار، و بين ما إذا توجه إرادة الجائر بإضراره، فلا يجوز له دفعه عن نفسه بإضرار الغير.

و بعبارة أخرى لو كان مقتضى رفع الإكراه الجواز فى الأول لكان مقتضى رفع الاضطرار جواز الإضرار فى الثانى أيضا، فيكون الإضرار بالغير كسائر المحرمات التى يدفع المكلف بها الضرر عن نفسه.

و أجاب بأن رفع حرمة الإضرار بالغير فى الصورة الأولى موافق للامتنان،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۶۹

....

بخلاف رفع الإضرار بالغير فى الصورة الثانية، فإنه ينافيه.

و فيه أنه قد ظهر فساد الجواب مما سبق، فلا حاجة الى الإعادة، كما ظهر منه فساد التشبث فى إثبات الجواز فى الصورة الأولى بحديث نفى الضرر، و وجه الظهور أن نفى الحكم الضررى كنفى الحكم الإكراهى للامتنان. و لا امتنان فى نفى ضرر عن مكلف بتجويز الإضرار بمكلف آخر.

(الأمر الثانى)- أن حرمة قبول الولاية فى الفرض أو حرمة ما يلازمها من الإضرار بالغير تكليف حرجى يرتفع بدليل نفى الحرج. و هذا الوجه ايضا غير صحيح، فان رفع التكليف الحرجى ايضا للامتنان على المؤمنين، و لا امتنان فى رفع تكليف يكون نتيجته جواز الإضرار بالغير.

(الأمر الثالث)- قوله (ع): «انما جعلت التقية لتحقن به الدماء، فإذا بلغت الدم فلا تقية» «۱» باعتبار أن مفهوم القضية الشرطية جواز التقية بغير اراقة الدم من سائر المحرمات، و منها الإضرار بالغير مالا.

و فيه أن المراد بالتقية فيه التقية بمرتبتها العليا، و هو التحفظ على النفس من التلف، بقرينة التعليل، فمفهوم الشرطية أن التقية اى التحفظ على النفس من التلف موجبة لجواز كل محرم حتى الإضرار بالغير مالا أو عرضا، و إنما لا تجوز التقية و التحفظ على النفس من التلف بإراقة الدم و إتلاف نفس آخر، و التحفظ على الضرر المالى و نحوه خارج عن مدلوله منطوقا و مفهوما.

ثم إنه مع جواز الإضرار بالغير مالا- فى مقام المزاحمة لا- يرتفع ضمان إتلاف ذلك المال كما فى سائر موارد الإتلاف نعم لو قلنا بجواز الإضرار بالغير مالا باعتبار عدم وجوب تحمل الضرر عنه بدعوى شمول حديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج، فلا يكون فى البين ضمان، فإن إيجاب التدارك و الضمان مرادف لا يجاب

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب (۳۱) من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر- الحديث (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۰

....

تحمل الضرر المتوجه الى الغير. و قد فرض نفى وجوب تحمله بحديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج.

قد يقال انه يرتفع عند الإكراه حرمة ما يكون من قبيل الإضرار بالغير لوجه آخر، و هو أن المستفاد من قوله سبحانه إِلّٰا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمٰانِ «۱» مع الانضمام الى الروايات الواردة فى التقية عموم التقية و شمولها للتحفظ على النفس و المال و العرض و أن الشارع قد جوزها، إلا إذا كانت بإراقة الدم، أ لا ترى انه يجوز التقية بتكذيب النبى و سبه و التبرى منه، مع أن التكذيب و السب تنقيص و تعرض لعرض النبى (ص)، و كذا سب الامام و التبرى منه (ع) و عرضهما أعظم الاعراض.

فما الظن بعرض زيد و عمرو و غيرهما من الافراد.

و فى معتبرة مسعدة بن صدقة قال: «قلت لأبى عبد اللّه (ع): أن الناس يروون أن عليا قال على منبر الكوفة أيها الناس إنكم ستدعون

إلى سبى فسبونى، ثم تـدعون إلى البراءة منى، فلاـ تبرأوا منى، فقـال مـا أكثر مـا يكـذب الناس على على (ع)، ثم قال: انما قال إنكم ستـدعون إلى سبى فسبونى ثم تـدعون إلى البراءة منى و إنى لعلى دين محمـد و لم يقـل و لا تبرأوا منى، فقال له السائل: أ رأيت إن اختـار القتل دون البراءة فقال: و اللّه ما ذلك عليه و ما له الا ما مضـى عليه عمار بن ياسـر، حيث أكرهه أهل مكـة.» «۲» حيث لم يقيد (ع) جواز السب و التبرى بخصوص ما كان الضرر المخوف على تركها هو القتل.

و لاـ يخفى أن مثل هـذه المعتبرة حاكمـة على بعض ما ورد فى نهيه (ع) عن التبرى منه، لانه مع شـمول دليل الاعتبار لهـذه الروايـة لا يبقى موضوع لدليل الاعتبار فى تلك الروايات الوارد فيها النهى عن التبرى من على (ع)، حيث يعلم بعدم صدورها

---

(۱) سورة النحل الآية (۱۰۶)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۱۱) الباب: (۲۹) من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر- الحديث (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۱

بالفرق بين المثالين فى الصغرى (۱)

عنه (ع) و كونها كذبا.

(أقول): لا بأس بالتمسك بحـديث رفع الإكراه أو نفى الضـرر فى الحكم بجواز تكـذيب النبى و الوقيعة فيه عند الإكراه، حيث أن رفع حرمته عنـد الإـكراه عليه لا ينافى امتنان على الأمـة، و لا يكون إضـرارا بهم، و جوازه عنـد الإكراه مسـتفاد من الآيـة قبل الحـديث، بل يستفاد ممـا ورد فى جواز الإفتـاء تقيـة، فإنه فى معنى تجويز الافتراء على اللّه سبحانه فى تلك الحال، و مما ورد فى جواز الكـذب و الحلف باللّه كاذبا لدفع الضـرر عنه أو عن غيره من المؤمنين، و كذا لا بأس بدفع الضـرر على نفسه أو عن غيره بالكذب على الآخرين أيضا، فإنه لا يزيـد على الكـذب و الافتراء على اللّه و على سب الامام و التبرى منه. و قد تقدم دلالة معتبرة مسـعدة و نحوها على جواز السب أو التـبرى. و أمـا الإضـرار بـالغير بنحو آخر كـالتعرض لعرض شـخص بالزنـا مع زوجته أو بنته أو نحوه لـدفع الضـرر المـالى أو العرضـى عن نفسه أو الإضـرار بالغير مالا لدفع الضـرر المالى عن نفسه، كل ذلك لا دليل على جوازه، بل لا بد من ملاحظة التزاحم و رعاية جانب الأهمية أو محتملها.

و لو اضـطر الى نهب مـال الغير للتحفظ على نفسه من الهلاك أو القتل، فإنه يجوز، للتزاحم. و لكن يكون ضامنا لـذلك المال، لعـدم حكومة حديث رفع الاضـطرار أو الإكراه فى المقام، حتى يرفع الضمان ايضا. و يترتب على كون هذه الموارد من التزاحم أنه لو اضطر إلى أكل طعام الغير لا يجوز قهر المالك فيما إذا كان المالك ايضا مضـطرا اليه، بخلاف ما إذا قيل بحكومـة حديث دفع الاضـطرار و نفى الضـرر، اللهم إلا أن يـدعى استفادة عدم جواز القهر مما ورد فى عدم مشـروعية التقية بإراقة دم الغير، فان القهر على المالك فى الفرض اراقة لدمه كما لا يخفى.

(۱) و الفـارق هو الـذى بشـير اليه بقوله (بـان الضـرر فى الأـول) المراد بالأـول مـا إذا توجه الضـرر الى شـخص و أراد دفعه عن نفسه بالإضرار بالغير. و هذا الفرض صغرى للكبرى المتقدمة، بخلاف الثانى، و هو ما إذا توجه الضرر ابتداء الى الغير،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۲

[الثانى ان الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكره عليه ضررا متعلقا بنفسه أو عرضه أو عرضه أو بأهله]

الثانى ان الإكراه يتحقق (۱)

فإنه لا تكون صغرى لتلك الكبرى.

(۱) قد ظهر مما تقدم أن الموجب لجواز قبول الولاية بل جواز ارتكابه سائر المحرمات هو الخوف من مخالفة الجائر فيما أمر به من ترتب الضرر على نفسه أو ما يتعلق به نفسا أو عرضا أو مالا. و أما مع الخوف من ترتب الضرر على بعض المؤمنين فلا يتحقق عنوان الإكراه. نعم يجوز له معه قبول الولاية لما ورد من جواز قبولها لإيصال النفع إليهم و الدفع عنهم، و هل يجوز الدفع عنهم بارتكاب سائر المحرمات التى لا تكون من قبيل الإضرار بالغير المعبر عنها فى كلام المصنف (ره) بالمحرمات الإلهية؟ ظاهر كلامه (ره) ذلك، حيث ذكر أنه لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولاية المحرمة، بل غيرها من المحرمات الإلهية التى أعظمها التبرى من أئمة الدين، و تمسك فى ذلك بخبر الاحتجاج.

و لا يخفى ما فيه فإنه لا دليل على تقييد إطلاقات المحرمات لمجرد دفع الضرر المالى مثلا عن بعض المؤمنين، و كيف يمكن الالتزام بجواز شرب الخمر فى مجلس الجائر أو غيره أو اللواط معه و غير ذلك من الموبقات لدفع الضرر المالى بل العرضى عن زيد؟ و أما التبرى فهو- نظير الكذب و الافتراء و الحلف كاذبا لدفع الضرر عن المؤمن- جائز، و جوازه لا يلازم جواز ارتكاب سائر المحرمات، فلا دلالة فى مثل خبر الاحتجاج «۱» على ذلك، حيث أن المذكور فيه و هو التبرى صورة مع التولى قلبا ليس من أعظم المحرمات حتى يؤخذ بالفحوى.

نعم لو كان الضرر المخوف على بعض المؤمنين مثل تلف النفس كان جواز ارتكاب سائر المحرمات باعتبار وقوع التزاحم بينها و بين وجوب احياء النفس المحترمة، فيجوز فى ذلك الإضرار ببعض المؤمنين مالا للتحفظ على نفس الآخرين،

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۲۹) من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر- الحديث: (۱۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۳

و اما الإضرار بالعرض بالزنا و نحوه (۱)

و يكون ذلك مع الضمان كما مر آنفا.

قال فى القواعد: (و تحرم الولاية من الجائر إلا مع عدم التمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل، أو على بعض المؤمنين، فيجوز ايتمار ما يأمره إلا القتل) و قد شرح هذه العبارة بعض الأساطين، فقال: (الا مع الإكراه بالخوف على النفس من تلف أو ضرر فى البدن أو المال المضر بحال الشخص تلفه أو حجبه أو العرض من جهة النفس أو الأهل أى بالخوف على عرض نفسه أو عرض أهله أو الخوف فيما عد الوسط على بعض المؤمنين، فيجوز حينئذ ايتمار ما يأمره) انتهى.

و المراد ما عد الوسط فى عبارة القواعد، و الوسط فى تلك العبارة الضرر المالى، فيكون ما عداه الضرر على النفس أو الأهل، و بما أن الضرر على أهل بعض المؤمنين داخل فى الضرر على المؤمنين، لأن عنوان بعض المؤمنين يعم أهلهم أيضا، يكون حاصل عبارة القواعد- على ما ذكره الشارح- أنه يجوز الإضرار بالغير أو ارتكاب سائر المحرمات غير القتل، فيما إذا خاف على نفسه أو ماله أو عرضه، أو خاف على نفس مؤمن آخر.

(۱) أى انه لو كان دفع الضرر عن بعض المؤمنين نفسا بالإضرار بعرض ذلك البعض أو البعض الآخر بالزنا و نحوه، ففى جواز هذا الإضرار لدفع ضرر تلف النفس عن الغير تأمل، و وجهه انه لا دليل على وجوب دفع الضرر النفسى عن الغير بمثل الزنا.

(أقول) لو كان ارتكاب محرم آخر كالزنا مقدمة لدفع الضرر النفسى عن مؤمن كما هو الفرض، فان لم يحرز أهمية وجوب الإنقاذ، بأن احتمل الأهمية فى كل منهما، كان إطلاق دليل حرمة تلك المقدمة حاكما على ما دل على وجوب إنقاذ النفس المحترمة، حيث

أنه بإطلاق دليل حرمتها يثبت عدم التمكن من الإنقاذ. و أما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۴

و ان كان متعلقا بالمال (۱) و ان كان متعلقا بالعرض (۲)

[الثالث ذكر بعض مشايخنا المعاصرين أنه يظهر من الأصحاب أن فى اعتبار عدم القدرة على التفصى من المكره عليه و عدمه]

الثالث ذكر بعض مشايخنا (۳).

إذا أحرز الأهمية لأنقاذها، أو احتمل الأهمية له لا للمحرم الآخر تعين الإنقاذ، للعلم بسقوط الإطلاق عن خطاب حرمة المقدمة كما لا يخفى.

(۱) عطف على قوله ان كان متعلقا بالنفس، أى إذا كان الدفع عن بعض المؤمنين دفعا للضرر المالى عنهم، فلا يجوز هذا الدفع بالإضرار بالغير حتى بالمال اليسير، فان ارتفاع حرمة الإضرار بالغير يحتاج الى رافع، و هو غير موجود فإنه لا يكون المورد من موارد الاضطرار أو إكراه، باعتبار عدم توجه الضرر الى الشخص أو الى من يتعلق به على الفرض.

(۲) عطف على قوله ان كان متعلقا بالنفس بمعنى أنه إذا كان الضرر المدفوع عن بعض المؤمنين هو الضرر العرضى، ففى جواز دفعه بالإضرار به أو مؤمن آخر مالا أو بالعرض الأخف تأمل، و لكن دفعه بالإضرار بالنفس أو بالعرض الأعظم غير جائز بلا تأمل.

(۳) يجوز قبول الولاية مع الإكراه، و كذا يباح معه ما يلازمها من سائر المحرمات على تفصيل قد تقدم فى الأمر السابق، و لا يتحقق الإكراه إلا مع خوف الضرر فى مخالفة المكره بالكسر، و إذا أمكن مخالفة أمره واقعا بلا خوف ضرر فيها، لما كان فى البين إكراه، و يعبر عن ذلك بإمكان التفصى، و العجز عنه بهذا المعنى مقوم لعنوان الإكراه، و ليس شرطا زائدا على تحققه، و على ذلك فلا فرق بين قبول الولاية و فعل سائر المحرمات فى عدم ارتفاع حرمتهما مع إمكان التفصى.

نعم إذا فرض من قبولها نفع المؤمنين و الدفع عنهم، جاز قبولها، لان ذلك بنفسه موجب لجواز الدخول فى الولايات، و لكن فى إباحة سائر المحرمات و عدمها تفصيل قد مر و لا حاجة الى إعادته.

قال فى الشرائع: (إذا أكرهه الجائر على الولاية، جاز له الدخول و العمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۵

....

بما يأمره مع عدم القدرة على التفصى منه، الا الدماء المحترمة، فإنه لا تقية فيها) و الظاهر ان فرض الإكراه شرط فى جواز الدخول فى الولاية، و عدم القدرة على التقضى شرط فى جواز العمل بما يأمره الجائر، و أن المراد بالإكراه و عدم إمكان التقضى واحد كما فهمه المصنف (ره).

و ذكر فى المسالك فى شرح العبارة ان المستفاد منها أمران: (أحدهما)- اعتبار الإكراه (ثانيهما)- عدم إمكان التفصى، و موردهما مختلف، فان مورد اعتبار الإكراه قبول الولاية، و مورد عدم إمكان التفصى سائر المحرمات. ثم أورد على العبارة بأنه لا وجه لاعتبار عدم إمكان التفصى أصلا، بل المعتبر تحقق الإكراه بالإضافة إلى سائر المحرمات. و أما قبول الولاية فلا يعتبر فى جوازه حتى الإكراه.

(أقول الموجب لجواز قبول الولاية من قبل الجائر أمران: إيصال النفع إلى المؤمنين و الإكراه، و إذا فرض انتفاء الأول تعين اعتبار الإكراه، فلا وجه لما ذكره من عدم اعتبار الإكراه فى جواز قبولها، و كأنه (ره) توهم أن مراد المحقق من عدم القدرة على التفصى هو انتفاء القدرة و الاختيار رأسا المعبر عنه بالإلجاء فذكر أن هذا أخص من الإكراه، و لا يعتبر فى ارتفاع الحرمة عن المحرمات أصلا و

قد توهمه ایضا صاحب الجواهر الذی نسب الخلاف فیه الی الأصحاب، و أن لهم فی اعتباره ثلاثة أقوال و الشاهد لذلک ما ذکره أخیرا من أنه علی القول باعتبار عدم إمکان التفصی لو توقف المخالفة علی بذل مال کثیر لزم البذل، ثم قال:

(و هو أحوط بل أقرب) و وجه الشهادة أن وجوب البذل علی ذلک القول لا یتم إلا إذا أرید بعدم إمکان التفصی الإلجاء و عدم القدرة علی الترک أصلا.

ثم لا یخفی أنه لو قیل بجواز الدخول فی الولایة من الجائر للضرورة أی لتأمین المعاش لنفسه و عیاله، فهو فیما إذا لم یکن الدخول فیما ملازما لارتکاب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۶

[الرابع قبول الولایة مع الضرر]

الرابع قبول الولایة مع الضرر المالی (۱)

[الخامس لا یباح بالإکراه قتل المؤمن]

الخامس لا یباح بالإکراه (۲)

محرم آخر، بأن کان عاملا له فی عمل مباح، و الا فلا موجب لارتفاع حرمة ذلک العمل الآخر فتدبر.

(۱) ذکر (ره) أن قبول الولایة مع الضرر المالی الذی لا یضر بالحال جائز بمعنی الإباحة لا بمعنی الوجوب، فإنه یجوز للإنسان تحمل ذلک الضرر، فان الناس مسلطون علی أموالهم.

(أقول) تقیید الرخصة فی کلامه بالضرر المالی الذی لا یضر بالحال مقتضاه وجوب قبول الولایة مع الخوف من الضرر المضر بالحال، و هذا لا یمکن المساعدة علیه، فان الناس مسلطون علی أموالهم.

(لا یقال) انه لا یجوز تمکین الجائر من المال، سواء کان قلیلا أو کثیرا فإن أخذه المال باعتبار کونه غصبا و عدوانا علی الغیر محرم، و لذا یجب علیه رد ذلک المال، و یکون تلفه علیه، و إذا کان وضعه الید علی المال محرما، یکون تحمل المکره بالفتح الضرر المالی اعانة له علی ظلمه (فإنه یقال) نعم تسلیم المکره بالفتح المال الیه اختیارا غیر جائز کما ذکر، و أما إتلافه أمواله قبل وصول الجائر إلیها حتی لا یکون له مال فغیر لازم، لما ذکرنا سابقا فی بحث الإعانة علی الحرام أن التجارة و نحوها لیستا من قبیل الإعانة علی أخذ العاشر. و اما الفرار عن الجائر فیما إذا أراد قتله فهو باعتبار وجوب التحفظ علی النفس من الهلاک، و هذا التحفظ غیر واجب بالإضافة إلی الأموال کما لا یخفی، بل قبول الولایة- مع عدم المضر بالحال و کذا ارتکاب محرم آخر مع کونه یسیرا یتعارف تحمله- مشکل فان مثل هذا الضرر لا یکون موجبا لارتفاع التکلیف بقاعدة نفی الضرر أو حدیث الرفع.

(۲) ذکر (ره) فی هذا الأمر أن الإکراه علی قتل مؤمن لا یکون موجبا لجواز قتله، حتی فیما إذا کان الضرر المخوف علی نفسه هو القتل، بلا خلاف ظاهر، و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۷

....

مقتضی حدیث رفع الإکراه أو دلیل نفی الحرج و ان کان هو الجواز، و کون الإکراه علی قتل مؤمن مثل الإکراه علی سائر المحرمات، الا أن النص الصحیح قد دل علی عدم مشروعیة التقیة بإراقة دم الغیر، و ذلک النص بالإضافة إلی حدیث رفع الإکراه أو دلیل نفی

الحرج من قبیل الخاص الی العام، حیث لا یحتمل عدم جواز قتل المؤمن للتقیة و جوازه فی مقام الإکراه علیه.

(أقول) قد ذکرنا أنه لا یجری فی مثل المقام لا حدیث رفع الإکراه و لا قاعدة نفی الحرج أو نفی الضرر، لان تجویز الإضرار بالغیر مالا أو عرضا أو نفسا خلاف الامتنان علی ذلک الغیر. و أما نفی مشروعیة التقیة بإراقة الدم ففی روایتین (إحداهما) صحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام (انما شرعت التقیة لیحقن بها الدم، فإذا بلغ الدم فلا تقیة) «۱» و (ثانیتهما) موثقة أبی حمزة الثمالی عن الصادق علیه السلام: «انما جعلت التقیة لیحقن بها الدم، فإذا بلغت التقیة الدم فلا تقیة» «۲» و یطلق التقیة علی ستر الإنسان مذهبه للتحفظ علی نفسه أو غیره من إضرار المعتدی مالاـ أو نفسا، و یطلق علی ستر مذهبه تحفظا علی نفسه أو غیره من خصوص ضرر القتل. و المراد بالتقیة فی الروایتین هو الثانی، و مدلولها أنه لا یشرع التحفظ علی نفسه أو نفس غیره بإراقة دم مؤمن، و لکن لا بأس به بفعل سائر المحرمات.

و ذکر الإیروانی (ره) (أن التقیة عبارة عن تحفظ المتقی بالکسر علی دمه و مفاد الروایتین أمر ارتکازی، و هو أنه إذا لم تثمر التقیة فی حفظ دم المتقی بالکسر بأن علم أنه یراق علی کل تقدیر فلاـ تقیة بل لا بد من إظهار الحق و الواقع قولا أو فعلا) و أجاب السید الخوئی طال بقاه بأن لهذا الاحتمال مجالا فی الصحیحة و أما الموثقة فالمذکور فیها بلوغ التقیة یعنی التحفظ علی نفسه من التلف إلی اراقة

---

(۱) رواهما فی الوسائل فی الباب: (۳۱) من أبواب الأمر بالمعروف

(۲) رواهما فی الوسائل فی الباب: (۳۱) من أبواب الأمر بالمعروف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۸

و لو کان المؤمن مستحقا لحد (۱) مما ذکرنا یظهر سکوت الروایتین عن حکم دماء أهل الخلاف (۲).

الدم، فیکون المراد اراقة دم الغیر لا محالة.

(أقول) لا مجال لذلک الاحتمال حتی فی الصحیحة، لأنه لو کان المراد البلوغ الی دم المتقی بالکسر لکان قوله علیه السلام فلا تقیة من قبیل السماء فوقنا من توضیح الواضح، بخلاف ما کان المراد به دم غیره، فإنه یکون من الحکم التعبدی و بعبارة أخری الظاهر اتحاد الروایتین فی المفاد.

(۱) بناء علی أن اجراء الحدود من وظیفة الحاکم یکون قتل سائر الناس نظیر قتل غیر أولیاء المقتول، إلا إذا أذن لهم الحاکم أو کان الحد نظیر حد سب النبی (ص) أو الإمام علیه السلام مما یجوز لکل مکلف القیام به.

(۲) لازم ما ذکره (ره) جواز قتل المخالف فیما إذا أکره علیه، و لو کان الضرر المخوف علی ترکه الضرر المالی غیر المضر بالحال، لان مقتضی حدیث رفع الإکراه جواز الإضرار بالغیر و لو بالقتل. و المفروض عدم دلالة الروایتین بالإضافة إلی المخالف. و لا أظن التزامه (ره) أو التزام غیره بجواز قتله فی الفرض. نعم ذکر فی آخر کلامه أن حکم کل دم غیر محترم بالذات حکم سائر المحرمات، و المراد أن لا یکون فیه الاحترام الثابت لدم المؤمن.

و الحاصل أنه بناء علی ما ذکرنا من عدم شمول دلیل رفع الإکراه أو الضرر للموارد التی یکون الرفع فیها مخالفا للامتنان علی الأمة، یحکم فی الفرض بعدم الجواز، و لکن لاـ یرتبط ذلک بالناصب و الکافر ممن لا حرمة لدمه أصلا، أو لیس له احترام دم المسلم کالذمی. و لو توقف التحفظ علی دم مؤمن علی اراقة دم المخالف کان المقام من موارد التزاحم بین وجوب احیاء النفس و حرمة القتل. و ربما یقال بعدم التفصیل فی الدماء، لان المسلمین متکافئون فی الدم، کما یدل علی ذلک مثل صحیحة عبد اللّه بن ابی یعفور عن ابی عبد اللّه (ع) قال: «قال رسول اللّه (ص)- حیث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۹

....

خطب الناس في مسجد الخيف- نضر اللّه عبدا سمع مقالتي فوعاها- الى ان قال-:

و المسلمون إخوة تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم أدناهم» «۱» و دعوى اختصاصها بموارد القصاص- كما عن السيد الخوئى طال بقاه- يدفعها ملاحظتها، فإنه ليس في صدرها أو ذيلها ما يشير الى فرض القصاص.

و كيف كان فلو لم يتعين قتل المخالف و احياء المؤمن فلا يبعد جواز ذلك كما هو مقتضى عدم احتمال الأهمية في ترك قتل المخالف. اللّهمّ إلا أن يقال لا دليل في الفرض على وجوب احياء نفس المؤمن، بل مقتضى إطلاق الآية حرمة قتل المسلم و اراقة دمه. و قد مر أنه مع احتمال عدم الجواز في ناحية المقدمة يكون إطلاق دليل حرمتها حاكما على وجوب ذيها و يمكن ان يكون الدليل عليه النهى عن الإيقاع في التهلكة.

(لا يقال): إن مقتضى قوله (ع) (إنما جعلت التقية ليحقن بها الدم) جواز ارتكاب كل محرم بالتقية إلا إراقة دم المؤمن، فأراقه دم المخالف باقية في المستثنى منه (فإنه يقال): المراد بالتقية في مثل الروايتين التقية عن المخالفين، كما يجده من راجع الأخبار الواردة في مشروعيتها و لزوم رعايتها، و لا يتصور رعاية هذه التقية بإراقة دم المخالف ليقال بأن مقتضى الروايتين جوازها. و إذا جاز عم الجواز صورة الإكراه أيضا باعتبار عدم احتمال الفرق بين صورتي الإكراه و التقية كما لا يخفى.

ثم إن ظاهر قوله (ع) في الروايتين: (ليحقن بها الدم) الدم المبقى للحياة، فلا يعم المستثنى ما إذا توقفت التقية أي التحفظ على الدم المبقى لحياة مؤمن على الإضرار بمؤمن آخر بإيراد النقص على أعضائه، بل يكون هذا الإضرار داخلا في المستثنى منه، فيحكم بجوازه للتقية. و إذا جاز عند التقية جاز عند الإكراه أيضا، باعتبار عدم احتمال الفرق بين صورتي الإكراه و التقية. و بهذا يظهر الحال فيما إذا توقفت التقية أي التحفظ على الدم المبقى على الإضرار بمؤمن آخر عرضا أو مالا،

---

(۱) الكافي المجلد الأول: الصفحة (۴۰۳) الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۸۰

[هجاء المؤمن حرام]

هجاء المؤمن حرام (۱)

فإنه جائز بمقتضى عموم الروايتين، لجواز التقية لحقن الدم، و إذا جاز هذا الإضرار بالتقية جاز عند الإكراه عليه ايضا، باعتبار عدم احتمال الفرق بين الصورتين كما ذكرنا. و على الجملة فالحكم- بجواز الإضرار بالمؤمن أو غيره مالا أو عرضا أو في بدنه عند الإكراه عليه- يستفاد من الروايتين بضم ما ذكرنا من عدم احتمال الفرق بين صورتي التقية و الإكراه، لا من حديث رفع الإكراه أو دليل نفي الحرج أو نفي الضرر ليقال أنها لا تشمل صورة عدم كون الرفع امتنانيا. و اللّه سبحانه هو العالم.

ثم إن المصنف (ره) جعل للبحث عن قبول ولاية الجائر خاتمة ذكر فيها ما رواه الشهيد الثاني (ره) في رسالته المسماة بكشف الريبة عن أحكام الغيبة، بإسناده عن الشيخ الطوسي عن المفيد عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد اللّه عن احمد بن محمد بن عيسى عن أبيه محمد بن عيسى الأشعري عن عبد اللّه بن سليمان النوفلي، و الرواية متضمنة لقصة علي عليه السلام و تجسم

الدنيا له، فلا بد من حمل ذلک على کونه بعد وفاة النبى صلى اللّه عليه و آله و قبل أخذ فدک من فاطمة سلام اللّه عليها مع أن عبد اللّه بن سليمان النوفلى مجهول فراجع.

(۱) الهجاء ککساء الشتم بالشعر، کما عن بعض، و تعداد معايب قوم و ذکر معايبهم، کما عن بعض آخر. و يظهر من المصنف (ره) أن هجاء المؤمن ليس بعنوانه من المحرمات، بل حرمته باعتبار کونه همزا أو لمزا و أکل لحم و تعييرا و اذاعة سر، و لا يبعد اتحاد عنوان الهمز أو اللمز مع التعيير، و اتحاد أکل لحمه مع اذاعة سره، و ربما ينطبق عليه عنوان البهتان، بناء على أن الهجاء ضد المدح فيعم ذکر المعايب الموجودة فى الشخص و التى ليست فيه، فيکون ذکرها بهتانا.

و الحاصل أنه تختلف الموارد، ففى بعضها ينطبق على الهجاء بعض العناوين المشار إليها، و فى بعضها الآخر ينطبق عليه بعضها الآخر، و لو کان ذکر شخص بعيب ظاهر للإهانة و الاستخفاف أ نطبق عليه عنوان التعيير لا عنوان الغيبة، و هکذا. و احترز بالمؤمن عن

[الهجر]

الهجر بالضم و هو الفحش (۱)

المخالف فإنه قد تقدم فى البحث عن حرمة الغيبة أن جواز اغتيابه باعتبار کونه ممن القى جلباب الحياء لتظاهره بالفسق بإنکاره قولا و عملا ما هو عماد الدين، و أهم أرکانه يعنى ولاية أهل البيت سلام اللّه عليهم. و لا يبعد جواز هجوه ايضا، فيما إذا کان قاصرا، فإنه على ما تقدم من الفاسق المبدع.

و يظهر من المصنف (ره) أنه يقتصر فى هجو الفاسق المبدع بذکر المعايب الموجودة فيه. و حمل ما ورد من قوله (ع): «باهتوهم لکيلا- يطمعوا فى اضلالکم» على سوء الظن بهم و اتهامهم بما يحرم اتهام المؤمن به، بأن يقال: لعله سارق أو زان و لا يخفى ما فيه، فان هذا بالإضافة إلى دليل حرمة الکذب من الخاص أو المقيد بالإضافة إلى العام أو المطلق، فيرفع اليد عنهما بالقرينة على التقييد أو التخصيص أضف الى ذلک أن جواز هذا الکذب مستفاد من فحوى ما دل على جواز الحلف کاذبا لدفع ضرر المعتدى عن مال أخيه المؤمن، حيث ان ضرر المعتدى على دينه اولى بالدفع منه.

(۱) الهجر بضم الهاء هو الفحش، و يظهر من المصنف (ره) أن البذاء بفتح الباء مرادف له، حيث استدل على حرمة الفحش بصحيحة ابى عبيدة عن ابى عبد اللّه (ع) قال: «البذاء من الجفاء و الجفاء فى النار» «۱» و يظهر من صاحب الوسائل (ره) أنه غير الفحش، حيث جعل لحرمة الفحش بابا و لحرمة البذاء بابا آخر، و کأن البذاء عنده عدم مبالاة الشخص بما يقول أو يقال فيه، و الفحش هو ذکر نفسه أو غيره ببعض الأفعال التى يقبح ذکرها، کقوله: يا ديوث و يا زانى و نحوهما. و تؤيد ذلک الروايات التى وصف الفحاش فيها بکونه بذيا، و فى رواية سليم بن قيس: «أن اللّه حرم الجنة على کل فحاش بذیء قليل الحياء لا يبالى ما قال و ما قيل له» «۲» و کيف کان فلا

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۱) الباب: (۷۲) من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه- الحديث: (۳)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۱۱) الباب: (۷۲) من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه- الحديث: (۲)

[النوع الخامس مما يحرم الاکتساب به ما يجب على الإنسان]

الخامس مما یحرم الاکتساب به ما یجب علی الإنسان (۱)

إشکال فی حرمة الفحش و عدم مبالاة الشخص فی قوله، و لکن کونها بمرتبة ما فی روایة سلیم و نحوها لم تثبت. و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) المنسوب إلی الشهرة عدم جواز الأجرة علی العمل الواجب، بل عن جماعة دعوی الإجماع علیه، قال فی الشرائع: (الخامس)- مما یحرم الاکتساب به ما یجب علی الإنسان، کتغسیل الموتی و تکفینهم و تدفینهم و نسب فی المسالک هذا المنع إلی الشهرة. و الظاهر أن مراده شهرة حرمة الاکتساب بتجهیز الموتی، حیث جواز السید (ره) أخذ الأجرة علیه بدعوی أن التجهیز تکلیف علی الولی، و لا یجب علی غیره.

و الحاصل أن المنع عن أخذ الأجرة علی التجهیز مبنی علی مسلک المشهور القائلین بتوجه التکلیف به الی عامة المکلفین، لا أن دعوی الشهرة راجعة إلی أصل مسألة عدم جواز الاکتساب بالعمل الواجب، لتکون مشعرة بالخلاف فیها.

ثم إن مورد الکلام فی المقام ما إذا کانت فی الواجب منفعة عائدة إلی باذل الأجرة، کما لو کان کفائیا و أراد سقوطه منه کتعلیم صیغة النکاح أو إلقائها علی طرفی النکاح، فان تعلیمها کإلقائها علی طرفیه من الواجب الکفائی، و باعتبار انتفاع باذل الأجرة تخرج المعاملة عن عنوان أکل المال بالباطل.

و بعبارة أخری الکلام فی المقام فیما إذا اجتمع الشرائط المعتبرة فی الاستیجار.

و یقع البحث فی أن وجوب عمل علی المکلف مانع عن جواز أخذه الأجرة علیه من المنتفع بذلک العمل أم لا، فمثل صلاة الظهر لا یجوز أخذ الأجرة علیها، لا لوجوبها، بل لأن أخذ الأجرة علیها من أکل المال بالباطل.

و یستدل علی عدم الجواز بأمور (الأول)- منافاة أخذ الأجرة للإخلاص المعتبر فی العبادة، و لکن هذا لا یثبت المدعی، لاقتضائه عدم جواز أخذ الأجرة علی العبادة و لو مع ندبها، و جواز أخذ الأجرة علی غیرها و لو کان واجبا. و أجیب أیضا عنه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۳

....

بأن تعدد الوجوب المتعلق أحدهما بالفعل ابتداء و الثانی بعنوان الوفاء بالعقد یؤکد الإخلاص، و لا ینافیه.

و أورد المصنف (ره) علی هذا الجواب بان لازمه التفصیل فی أخذ العوض علی العمل، فیجوز بعنوان الإجارة، و لا یجوز بعنوان الجعالة، فإنه بالاستیجار یجب العمل علی الأجیر وفاء بالمعاملة، فیتضاعف وجوبه، فیتأکد الإخلاص، بخلاف الجعالة، فإنه لا یجب فیها العمل، فیکون العوض بها منافیا للإخلاص المعتبر.

(أقول): لا مجال لهذا الإیراد، فإنه إذا فرض أن تضاعف الوجوب و لو بعنوان الوفاء بالمعاملة یؤکد الإخلاص، فلازمه عدم منافاة أخذ العوض علی العمل للإخلاص المعتبر فیه، فیکون أخذه بعنوان الجعالة أیضا جائزا. غایة الأمر أنه لا یکون فی فرضها تأکد الإخلاص باعتبار عدم وجوب الوفاء بالجعالة.

و أورد (ره) علی الجواب (ثانیا) بأنه إن أرید ان تضاعف الوجوب یوجب تأکد اشتراط العبادة بقصد القربة فهو غیر صحیح، لان وجوب الوفاء بالمعاملة توصلی فکیف یوجب تأکد اشتراط قصد القربة فی العمل، و إن أرید أن قصد القربة من المکلف مع تعدد الوجوب فی الفعل، و لو مع الاختلاف فی التوصلیة و التعبدیة یکون آکد، فهو خلاف الوجدان، فإنه شاهد بان العمل الذی لا یترتب علیه الأجرة من الغیر، بل یصدر عن المکلف مجانا یکون القربة فیه أخلص.

و أورد علیه (ثالثا) بأن وجوب الوفاء بالمعاملة و إن کان توصلیا یسقط بالإتیان بذات العمل، إلا أن الثواب علی موافقة هذا الوجوب

موقوف علی قصـد القربـهٔ الحاصل بالعمل بما أنه ملک للغیر، و یسـتحقه علیه، و قصد القربهٔ فی الوجوب التعبدی المتعلق به ابتداء هو العمل بما أنه حق للّه تعالی، فلا یجتمع قصد القربهٔ فی الوجوب التعبدی مع قصد الامتثال الی وجوب الوفاء بالمعاملهٔ.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۴

و أما تأتی قصد القربهٔ (۱)

(أقـول): هـذا الإیـراد أیضـا غیر صـحیح، و ذلـک فـان مجرد العمـل- بقصـد أنه ملـک الغیر و یسـتحقه علیه ذلـک الغیر- لاـ یصـحح الإخلاـص المعتبر فی اسـتحقاق الثواب، بل لا بـد من کون العمل المعنون بالعنوان المزبور بـداعی أمر الشارع بالوفاء و تسـلیم العمل، فیسـتحق الثواب علی هذا الفرض، و لا یعم تسـلیم ملک الغیر إلیه بسائر أغراضه الدنیویهٔ. و یوضح ما ذکرنا ما إذا ندم الأجیر بحیث لو لاـ أمر الشـارع بالوفـاء بالعقـد لم یعمـل، و یترک للطرف الأـجرهٔ، و لکن دعاه الی العمل مع هـذا النـدم خوفه من مخالفـهٔ أمر الشارع بتسلیم ملک الغیر. و مع تسلیم ملک الغیر الیه بالعمل کذلک تحصل القربهٔ المعتبرهٔ فی العبادهٔ، فأین المنافاهٔ بین القربتین.

(۱) أخذ (ره) فی تقریب إمکان قصد القربهٔ فی العبادات المستأجر علیها، و أن جواز أخذ الأجرهٔ علی النیابهٔ فیها لا یلازم جواز أخذها علی نفس العبادات. و ذکر ما حاصـله: أن الصادر- فی موارد تلک العبادات عن المکلف- أمران (أحـدهما)- النیابهٔ أی تنزیل الأجیر نفسه منزلـهٔ المنوب عنه (ثانیهمـا) عمله العبـادی، و یکون أخـذ الأـجرهٔ علی الأـول- حیث أنه مسـتحب نفسـی توصـلی، باعتبـار کونه إحسانا إلی المنوب عنه.

(أقول): إن أراد (ره) ان تنزیل نفسه منزلـهٔ المنوب عنه فعل خارجی، و الصـلاهٔ مثلا فعل آخر و لا یرتبط أحـدهما بالآخر أصـلا، و أن الإجـارهٔ فی موارد الاستیجـار علی العبـادهٔ تقع علی الأـول، فیرده أن لاـزم ذلک فراغ ذمـهٔ الأجیر و اسـتحقاقه المطالبـهٔ بالأجرهٔ بمجرد قصده النیابهٔ أی اعتبار نفسه منزلهٔ المنوب عنه.

(لاـ یقـال): تنزیـل نفسه منزلته و إن یکون مورد الإجـارهٔ إلاـ أن الفعل المفروض کونها عبادهٔ مأخوذ فی متعلق الإجارهٔ بنحو القیدیـهٔ، فتکون الصلاهٔ مثلا خارجهٔ عن متعلق الإجارهٔ، و لکن تقید النیابهٔ بکونها فیها داخل فیه، و علی ذلک فلزوم الإتیان بالصلاهٔ و عدم فراغ ذمـهٔ الأـجیر بـدونها باعتبـار توقف متعلق الإجارهٔ علیها (فإنه یقال) قـد تقرر فی محله أن الـداعی إلی الإتیان بالمقدمـهٔ واقعا یکون هو الداعی إلی ذیها،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۵

فان قلت یمکن للأجیر (۱)

و الصـلاهٔ- علی ما ذکر مقدمـهٔ- لمتعلق الإجارهٔ، فیکون الـداعی إلی المتعلق و هو اسـتحقاق الأجرهٔ داعیا إلی الصـلاهٔ أیضا فهذه هی المنافاهٔ الموهومهٔ.

و إن أراد أن الموجود خارجـا شـیء واحـد، غایـهٔ الأمر ان فیه جهتان و عنوانان (أحـدهما) متعلق الإجارهٔ و لم یؤخـذ فیه قصـد القربهٔ (ثانیهمـا) مـا أخـذ فیه قصـدها، و لکن لم تتعلق به الإجارهٔ، کما یظهر ذلک من قوله فیما بعـد: (فان قلت): الموجود خارجا من الأجیر لیس إلا الصـلاهٔ) فلا یمکن المساعدهٔ علیه أما (أولا) فلا ان الاستیجار علی العبادهٔ صحیح حتی فیما إذا لم یقصد الأجیر النیابهٔ بالمعنی المتقـدم، کمن یقضـی مـا علی المیت و یأتی بالعبادهٔ إفراغا لـذمته، و ان شـئت قلت قضاء ما علی ذمـهٔ الغیر من العبادهٔ کقضاء ما علی ذمته من الـدین، و کمـا أن أداء دینه لاـ یتوقف علی قصـد النیابـهٔ عنه، کـذلک أداء مـا علی ذمته من العبـادهٔ و أما (ثانیا): فلان تعـدد العنوان مع الاتحـاد بحسب الوجوب لاـ یفیـد فی رفع المنافـاهٔ الموهومـهٔ بین أخـذ الأـجرهٔ علی العمـل و الإخلاـص فیه، و ذلـک فـان المطلوب فی العبادات و الغرض منها لا یحصل الا بکون الـداعی إلی إیجادها أمر الشارع و طلبه، فلا بـد من تحقق العبادهٔ بـداعی أمر

الشارع بها، و إذا فرض الاتحاد خارجا فكيف يكون ذلك الوجود مع أخذ الأجرة عليه بداعى القربة.

(۱) و هذا جواب آخر عن الاستدلال على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات، باعتبار أن أخذها مناف لقصد التقرب المعتبر فى العبادة. و حاصل الجواب عدم المنافاة بينهما، فإنه يمكن أن يكون داعى المكلف إلى العبادة أمر الشارع بها، بحيث لو لا أمر الشارع و طلبه لم يأت بها، حتى مع بذل الأجرة عليها، و إذا فرض الإتيان بها كذلك يحصل قصد التقرب و يستحق الأجرة عليها، فأين المنافاة.

و ناقش (ره) فى هذا الجواب بقوله: (قلت: الكلام فى أن مورد الإجارة) و حاصله أنه يعتبر فى صحة الإجارة- أى فى دخول الأجرة فى ملك الأجير بإزاء العمل المستأجر عليه- أن يكون العمل بحيث يمكن للأجير الإتيان به بداعى أنه ملك المستأجر،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۸۶

فإن قلت يمكن ان يكون (۱)

فان العمل كذلك تسليم لذلك العمل اليه، و لا يتحقق هذا الشرط فيما استوجر على العبادة، لأن الصلاة على ميت مثلا بداعى أنها ملك لباذل الأجرة لا تجتمع مع الإتيان بها بداعى أمر الشارع بها.

(أقول): ليس فى البين ما يقتضى هذا الاعتبار فى نفس الإجارة، بل القصد المزبور دخيل فى حصول عنوان الوفاء بالمعاملة، و لكن لا بخصوصه، بل بنحو يعم كون قصد الوفاء بها داعيا أو توصيفا للعمل، بأن يقصد الأجير العمل المملوك للغير، و يأتى به بداع آخر. و بعبارة أخرى لا يلزم ان يكون قصد الوفاء بالمعاملة محركا نحو العمل، بل يكفى كونه بنحو التوصيف، و على ذلك فيمكن للمكلف قصد العمل المملوك للغير بداعى أمر الشارع بذلك العمل ابتداء. نعم لقائل أن يقول أن مع فرض حصول الشىء بدون الإجارة- كما هو مقتضى عمل المكلف بداعى الأمر به ابتداء- يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل، باعتبار عدم غرض عقلائى فى أخذه و إعطائه، و هذا غير دعوى منافاة أخذ العوض مع التقرب كما لا يخفى، و سيأتى التعرض لذلك إن شاء اللّه تعالى.

(۱) و هذا ايضا جواب عن الاستدلال المتقدم أى منافاة أخذ الأجرة على العمل للإخلاص المعتبر فيه. و تقريره أن قصد الأجرة على العمل كقصد التخلص من الفقر أو المرض فى بعض العبادات، فإنه كما يكون فى مثل ذلك غرضه من عمله هو التقرب الى اللّه سبحانه، و غرضه من تقربه اليه سبحانه بعمله هو الوصول إلى الغنى أو الشفاء أو غير ذلك من المقاصد الدنيوية، كذلك يكون فى المقام غرضه من عمله التقرب الى اللّه سبحانه، و غرضه من تقربه اليه بالعمل المفروض الوصول إلى الأجرة المقررة فى المعاملة.

و الحاصل أن استحقاق مطالبة الأجرة من قبيل الداعى إلى الداعى، أى غرض الغرض، كما كان الغنى أو الشفاء كذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۸۷

....

و أورد (ره) على هذا الجواب بالفرق بين المقامين، و أن سائر المقاصد الدنيوية المترتبة على بعض العبادات أحيانا لا تنافى القربة المعتبرة فى العبادة، باعتبار أن طلبها من اللّه تعالى فى نفسه محبوب له سبحانه، بخلاف طلب الأجرة عن الغير، فإنه لا يلائم قصد القربة فى العمل، بل ينافيه كما مر. و بهذا يظهر أن عبادة جل الخلائق للّه سبحانه تخلصا من عذاب الآخرة أو وصولا إلى الجنة لا تنافى قصد القربة فيها، فان قصد التخلص من عذاب الجحيم أو الوصول إلى الجنة من قبيل الداعى غير المنافى للقربة، و كل ذلك مطلوب للّه سبحانه.

(أقول) إيراده (ره) غير تام، فان غرض الأجير من تقربه الى اللّه سبحانه بعمله هو استحقاق أخذ الأجرة فى حكم الشارع، لا مجرد أخذ المال. و المنافى لقصد القربة فى العمل هو الثانى دون الأول، و لذا يأتى بالعمل فى غياب المستأجر، و بعد أخذه الأجرة منه خوفا من

عذاب ربه و حسابه فی حقوق الناس. و المقام یشبه بیع الإنسان داره فی مورد الاضطرار، فإنه یقصد بیعها حقیقة لغایة الوصول الی غرضه الأصلی أی التمکن من قضاء حاجته.

فتحصل مما ذکرنا أنه لا منافاة بین العمل للآخر بالاستیجار، و بین قصد القربة فی ذلک العمل، سواء کان واجبا تعبدیا أو مستحبا کذلک، و أن تحسین المصنف (ره) الاستدلال علی عدم جواز أخذ الأجرة بالمنافاة بین قصد القربة و بین الأخذ المزبور غیر صحیح، بل بناء علی ما ذکرناه فی الأصول من أن قصد التقرب المعتبر فی العبادة لیس خصوص الفعل بداعی الأمر المتعلق به، بل مطلق اضافة العمل الی اللّه سبحانه، فتکون الصلاة علی میت بداعی الاستحقاق الأجرة المقررة بإزائها شرعا عبادة، لحصول القربة المعتبرة فیها بفرض الداعی، و هو استحقاق الأجرة شرعا، و علی ذلک فلو لم یلتفت الأجیر إلی استحباب الصوم أو الصلاة عن المیت، بل صام أو صلی بغرض استحقاقه شرعا الأجرة المقررة لهما، حکم بصحة عمله و وقوعها عبادة، بلا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۸۸

نعم قد استدل علی المطلب بعض الأساطین (۱)

حاجة الی حدیث الداعی إلی الداعی لیقال أنه لا یجری فی صورة الغفلة عن استحباب نفس العمل أو وجوبه کما لا یخفی.

(۱) استدل علی عدم جواز أخذ الأجرة علی الواجب بوجه آخر، و هو المنافاة بین وجوب العمل ابتداء و تملیکه للآخر بالإجارة و نحوها، بدعوی أن إیجاب الشارع الفعل علی مکلف بمعنی تملیک ذلک الفعل للّه تعالی، فیما إذا کان من قبیل حقوق اللّه، و بمعنی تملیکه للغیر فیما إذا کان من حقوق الناس، بأن یکون ذلک العمل ملکا لذی الحق، کما فی أمر الشارع بتجهیز المیت، فإنه یثبت بذلک للمیت حق علی الأحیاء، و مع الإیجاب کذلک لا یمکن للمکلف تملیک ذلک العمل من آخر بالإجارة و نحوها، فإنه یکون نظیر ما إذا آجر نفسه لدفن میت من شخص، و أراد إیجار نفسه ثانیا من شخص آخر لدفن ذلک المیت. و هذا الوجه ایضا ضعیف، فإن الإیجاب و ان کان أمرا اعتباریا علی الصحیح کالملکیة، إلا أن سنخه غیر سنخ الملکیة فی الأموال، فلا یمتنع اجتماعه معها.

و ذکر المصنف (ره) أن هذا الوجه باعتراف الخصم یختص بالواجب العینی.

و أما الکفائی فاستدل علی عدم جواز أخذ الأجرة علیه بأن الفعل متعین أی واجب علیه، فلا یدخل فی ملک آخر، و بأن المستأجر لا ینتفع بالعمل الذی یملکه أو یستحقه غیره بإیجاب الشارع، فإنه بمنزلة أن یقول للأجیر استأجرتک لغایة أن أتملک منفعتک المملوکة لک، کما فی الواجب من حق اللّه أو لغیرک کما فی الواجب من حق الناس انتهی.

(أقول) هذا بعینه هو الوجه السابق، و لم یظهر الفرق بینهما، کما أنه لم یظهر وجه اعتراف المستدل باختصاص ما ذکره أولا بالواجب العینی. نعم یظهر من السابق أن مرجع إیجاب الشارع العمل الذی لیس من حقوق الناس الی کون ذلک العمل مملوکا للّه سبحانه، و فی حقوق الناس مرجعه الی کونه مملوکا لذلک الغیر، و ذکر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۸۹

عد الإجماع الذی لم یصرح به الا المحقق الثانی (۱) فالذی ینساق الیه النظر (۲)

فی الکفائی أن إیجاب الشارع بمنزلة کون ذلک العمل مملوکا لنفس الأجیر أو غیره، و لذا أورد المصنف (ره) علی الأخیر بأن العمل بعد وقوع الإجارة علیه لا یکون ملکا لنفس الأجیر، بل یدخل فی ملک المستأجر إلی آخر ما ذکره. و الحاصل أن هذا الفرق ایضا بلا موجب کما لا یخفی.

(۱) الأمر الثالث- فی عدم جواز أخذ الأجرة علی الواجبات- دعوی الإجماع، فهو علی تقدیر تحققه غیر صالح للاعتماد، فضلا عن عدم ثبوته، و ذلک لاحتمال کون مدرکهم فی عدم الجواز الأمرین المتقدمین أو غیرهما مما لم یتم شیء منها عندنا.

و ذكر النـائينى (ره) فى المقام وجها رابعا لعـدم جواز أخـذ الأجرة على الواجبات و ان كانت توصـلية، و هو أن من شـرط الإجارة أن يكون متعلقها مقدورا يمكن للمكلف فعله و تركه، و مع إيجاب الفعل لا يمكن له تركه، حيث ان الممتنع الشرعى كالممتنع العقلى.

و فيه أن الدخيل فى تمامية الإجارة تمكن المكلف من تسليم العمل الذى هو مورد الإجارة، لا التمكن بمعنى آخر، و إيجاب الفعل لا ينافى هذا التمكن، و لذا لو وقع شـرطا فى ضمن عقد لازم صح و ترتب عليه أثره. نعم مع التحريم لا يمكن تسليمه، فلا يعمه مثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حيث لا يمكن الأمر بالوفاء بالإجارة مع النهى عن الفعل كما لا يخفى.

(۲) ذكر (ره) (أولا) انه لا ملازمة بين صـحة الإجارة و صـحة العمل أى كونه مسقطا للتكليف، و (ثانيا) أن فى جواز أخذ الأجرة على الواجبات تفصيلا.

و حاصل كلامه (أولا)- انه ربما تكون الإجارة صـحيحة مع حصول الامتثال كما إذا كان الواجب تعبـديا كتغسيل الميت، و قيل بعدم منافـاة أخـذ الأـجرة للإخلاـص فى العمل أو مع سـقوط التكليف بالعمل من دون حصول الامتثال، كما فى الواجب التوصـلى المأخوذ عليه الأجرة، بناء على عدم منافاة وجوب الفعل لأخذ الأجرة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۹۰

....

عليه، و قـد يسـقط التكليف عنـد العمل، من غير أن يكون مصـداقا للواجب، كما إذا كان فيه ملاكه من غير تعلق التكليف به لمانع. و ربمـا تكون الإجارة صـحيحة مع بطلان العمل، سواء بقى التكليف المتعلق به بحاله أو سـقط لأمر آخر، كما إذا اسـتأجره للصـلاة على ميت بغرض تعلم صـلاة الموتى، و قيـل بمنافـاة أخـذ الأـجرة للإخلاـص المعتبر فى العبـادة، فـإنه إذا صـلى على ذلك الميت اسـتحق الأجرة، و لكن يحكم ببطلانها، فتجب الصلاة عليه مع الإخلاص.

و حاصـل كلامه (ثانيا)- انه لو كان الواجب عينيا تعيينيا لم يجز أخـذ الأجرة عليه، سواء كان توصـليا أم تعبـديا، فإنه مع وجوب الفعل كذلك يكون المكلف مقهورا عليه من جانب الشارع، فيجبر عليه فى صورة امتناعه، فلا تكون لعمله حرمة حتى يصح له أخذ الأجرة.

و حاول (ره) دفع ما ربما يمكن أن يـذكر فى المقام بصورة النقض، و هو تجويز الشارع للوصـى و قيم الأطفال أخـذ أجرة المثل على عملهما «۱» مع أن إنفاذ الوصية أو القيام بمصالح الأيتام واجب عينى تعيينى عليهما.

و وجه الـدفع أن ذلك التجويز حكم شـرعى نظير حكم الشارع للمار بجواز اكله من ثمار الأشـجار الواقعة فى طريقه، و ليس من قبيل المعاوضة على العمل ليستظهر منها عدم منافاة أخذ الأجرة مع وجوب الفعل على المكلف كما ذكر.

(أقول): إذا فرض أن فى فعـل المكلف غرضا للآخرين، و أن الواجب عليه هو الفعل مطلقا لا الفعل مجانا و بلا عوض، فلا يكون أخذ العوض و تمليـك عمله للغير من الأكل بالباطل، فان الموجب لصـدقه أخـذ قيـد المجانيـة فى متعلق الأمر. و المفروض خلافه. و القهر عليه من باب الأمر بالمعروف لا يوجب سـقوط عمله عن المالية، كما أن القهر على بيع ماله فى المخمصة لا يوجب سـقوطه عنها. نعم إذا كان تعبديا فقد يتبادر الى الذهن منافاة أخذ الأجرة عليه للإخلاص المعتبر فيه، و لكن قد مر دفعه

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۷۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۹۱

....

و أن مع كون الغرض هو استحقاق الأجرة شرعا يحصل التقرب المعتبر فى العبادة.

و ما ورد فی جواز أخذ الوصی أو القیم من مال الیتیم کصحیحة هشام «۱» مقتضاها عدم منافاة وجوب الفعل تعینا مع أخذ الأجرة علیه، فان ظاهرها الأخذ بعنوان اجرة المثل لا- مجرد تجویز الأکل منه، نظیر تجویز الأکل للمار من ثمرة طریقه. نعم قد ذکر الأکل بالمعروف فی الآیة و الروایات الأخر، و لکن تکون صحیحة هشام حاکمة علیها و محددة لذلک المقدار فراجع.

ثم قال (ره): (و إن کان الواجب تخییریا فمع کونه توصلیا، فلا بأس بأخذ الأجرة علی خصوص أحد فردیه، لعدم کونه مقهورا علیه، بل مخیرا بینه و بین فرده الآخر، و کذا الحال فیما إذا کان تعبدیا، و قلنا بما أن خصوصیة الفرد غیر مأخوذة فی متعلق الأمر فالإتیان بالقدر المشترک بداعی الأمر به لا ینافی أخذ الأجرة علی تلک الخصوصیة، و یوضح ذلک ملاحظة ما إذا کان المکلف بحیث لا یأتی بالقدر المشترک فی ضمن أی فرد و لو اعطی له الأجرة علی بعض الافراد، و إنما یکون أمر الشارع بالقدر المشترک داعیا له إلی الإتیان به، و بما أن خصوصیة الافراد خارجة عن متعلق الأمر فیأتی بالقدر المشترک فی ضمن خصوصیة معینة لأخذه الأجرة علیها. و لا- یقاس ذلک بالإتیان بخصوصیة العمل ریاء، حیث أن العمل یبطل حتی فیما إذا کان الریاء فی خصوصیة ذلک العمل. و وجه عدم القیاس ما دل علی أنه سبحانه خیر شریک لا یقبل عملا یکون له و لغیره، بل یترکه للغیر، و هذا فیما إذا کانت الخصوصیة التی أتی بها ریاء متحدة مع العمل خارجا، کالصلاة فی أول الوقت أو فی المسجد، فإنه یحکم ببطلانها حتی فیما إذا کانت أصل الصلاة للّه و اختیار المسجد أو أول الوقت للریاء. و أما إذا کان لها وجود آخر، کما إذا صلی للّه و أتی بتعقیباتها ریاء، فلا یوجب ذلک بطلان أصل الصلاة.

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۷۲) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۲۹۲

ثم انه یفهم من أدلة وجوب الشیء (۱)

(أقول): مقتضی هذا الکلام عدم الفرق بین الواجب التخییری الشرعی و بین الواجب التعیینی الذی یکون التخییر بین افراده عقلیا فی أنه یجوز فیها أخذ الأجرة علی خصوص بعض الافراد، و تعرض (ره) للواجب الکفائی، و قال لا- بأس بأخذ الأجرة علیه مع کونه توصلیا، فإنه مع الاستیجار یملک المستأجر ذلک العمل و یستند الیه و یکون عملا له، فیستحق ثوابه و یسقط التکلیف عن الأجیر و عن غیره، لقیام المستأجر به و لو بغیر المباشرة. و من هذا القبیل الاستیجار لتطهیر المسجد أو للجهاد و نحوهما. و أما إذا کان الواجب الکفائی تعبدیا، فلا یجوز أخذ الأجرة علیه لا لوجوب الفعل علیه، و إلا لم یجز أخذ الأجرة علی التوصلی أیضا بل باعتبار منافاة أخذ الأجرة للإخلاص المعتبر فیه. و ما ذکر- فی وجه جوازه أخذ الأجرة علی خصوص بعض افراد الواجب التخییری من خروجه عن متعلق الأمر- لا- یجری فی الکفائی نعم لو کان الواجب الکفائی التعبدی قابلا للنیابة، بأن ینزل الأجیر نفسه منزلة الغیر، فیأتی بالفعل عن ذلک الغیر، فیکون المقام من قبیل الاستیجار علی النیابة فی العبادات. و قد تقدم جوازه، و لکن مشروعیة النیابة محتاجة إلی دلیل خاص، و علی تقدیر قیامه فی مورد یکون خارجا عن محل الکلام. فان الکلام فی المقام فی جواز العمل عن نفسه، و تملیک ذلک العمل للغیر بالإجارة و نحوها، کالخیاط تکون خیاطته عن نفسه، و لکنها ملک الغیر.

و حاصل البحث فی المقام أن إیجاب عمل علی مکلف یوجب سقوطه عن المالیة شرعا، لا یجوز تملیکه للغیر بالأجرة أو أن وجوبه علیه لا یوجبه ما لم یجب علیه ذلک العمل مجانا. و فی مورد النیابة یأتی العامل بالعمل عن الغیر، و مشروعیة هذه تحتاج الی دلیل. و الا فالأصل عدم احتساب عمله عملا للغیر.

(۱) بأن یستفاد أن الغیر یستحق الفعل علیه بحکم الشارع و إیجابه، ففی مثل ذلک یکون أخذ الأجرة علیه من أکلها بالباطل، فإن إیجاب الفعل کذلک بمعنی إیجابه مجانا و لعله من هذا القبیل تجهیز المیت و إنقاذ الغریق و معالجة الطبیب المرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۹۳

ثم إن فى المقام اشكالا مشهورا (۱)

المهلك.

(أقول) مجرد استحقاق الغير الفعل لا يقتضى المجانية، حتى لا يجوز أخذ العوض على المعالجة و الإنقاذ و نحوهما، و إلا لم يجز أخذ العوض لمن يطعم الناس فى المخمصة، بل يجب عليه بذله مجانا و ذلك لان البذل واجب تعيينى لا يقبل أخذ العوض عليه، و الطعام مورد حق للمضطرين، و لذا يجوز لهم بل يجب وضع اليد عليه فى صورة امتناع مالكه عن بذله.

(۱) الإشكال فى وجه جواز أخذ الأجرة على الصناعات التى يتوقف عليها نظام البلاد فان تلك الصناعات من الواجب الكفائى، بل من الواجب العينى عند عدم قيام من تكون بقيامه كفاية، فكيف يجوز أخذ الأجرة عليها. و أجيب عن ذلك بوجوه.

(الأول) الالتزام بتخصيص القاعدة المتقدمة أى قاعدة عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب، و رفع اليد عنها باعتبار الإجماع و سيرة العقلاء المتدينين منهم و غيرهم.

(الثانى) إنكار تلك القاعدة فى غير العبادات. و يظهر ذلك من كل من ذكر جواز أخذ الأجرة على القضاء، بلا تقييد بصورة عدم تعينه على القاضى.

(الثالث) جواز أخذ الأجرة على تلك الصناعات بعد سقوط وجوبها بقيام من به الكفاية عليها، فإنه يكون أخذها على غير الواجب- و فساد هذا الوجه أوضح، فإن لازمه الحكم بفساد أخذ الأجرة على الجماعة القائمة بها قبل سقوط وجوبها، مع جريان السيرة القطعية على القيام بها بالأجرة فى كل عصر، من غير نظر الى سقوط وجوبها بفعل الآخرين و عدمه.

(الرابع) الالتزام بعدم جواز أخذ الأجرة على عمل يكون بعنوانه محكوما بالوجوب، كتجهيز الموتى و تعليم الأحكام و أما العمل المحكوم عليه بالوجوب بعنوان حفظ النظام لا بعنوان نفسه، فلا مانع من أخذ الأجرة عليه. و هذا الوجه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۲۹۴

....

ايضا بلا موجب، فإنه لم يظهر الفارق بين العمل الواجب بعنوانه و بين الواجب بعنوان آخر.

(الخامس) الفرق بين تلك الصناعات و غيرها من الواجبات، بدعوى أن عدم جواز أخذ الأجرة على الصناعات يوجب اختلال النظام، فان كل واحد يختار من تلك الصناعات ما هو أسهل، و يترك الصعب أو الأصعب على الآخرين لأن الداعى إلى الإقدام على الأعمال الشاقة الصعبة هو الطمع فى الأجرة فتسويغ أخذ الأجرة عليها لطف، أى تقريب للعباد إلى موافقة التكليف بإقامة النظام، لا أنه ينافى هذا التكليف.

و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بعدم انحصار وجه الاقدام على الأعمال الصعبة بالطمع فى الأجرة، بل ربما يكون اقدام الشخص باعتبار عدم معرفته بغيرها أو كونه ناشئا فى ذلك العمل الشاق، كالفلاح. و لكن لا يخفى ما فيه.

(السادس) دعوى أن تلك الصناعات من قبيل الواجب المشروط فيكون وجوبها مشروطا ببذل العوض عليها، سواء كانت الصنعة الواجبة من الواجب العينى باعتبار انحصار من به الكفاية، أو من الواجب الكفائى كما فى صورة تعدده و عدم انحصاره، و على كل فلا تكون تلك الصنعة واجبة على المكلف قبل إعطاء العوض بعنوان الإجارة أو الجعالة، بل بإعطائه يحصل شرط وجوبها عينا أو كفاية.

و بعبارة أخرى لا تكون الصنعة- حال قرار الأجرة لها بالإجارة أو الجعالة- واجبة حتى تكون تلك الأجرة على العمل الواجب، و

الجواب عن هذا الوجه ظاهر، فان الواجب على الطبيب مثلا احياء النفس و انقاذها من الهلكة، سواء بذل على طبابته العوض أم لا.

(السابع) أن وجوب تلك الصناعات غيرى باعتبار توقف اقامة النظام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۹۵

فهو من قبيل رجوع الوصى بأجرة المثل (۱) فهو بوصف كونه مستحبا على المكلف لا يجوز أخذ الأجرة عليه (۲).

عليها و من الظاهر عدم توقف إقامته على العمل مجانا ليجب العمل كذلك، بل الموقوف عليه بذل النفس للعمل و لو مع العوض.

ثم ذكر هذا القائل أنه إذا بذل المريض الأجرة للطبيب وجب عليه المعالجة و ان لم يبذل مع أداء ترك العلاج الى هلاكه أجبره الحاكم حسبة على بذلها. و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الرابع هو أن الصناعات على هذا الوجه واجبات غيرية، بخلاف الوجه الرابع فإنها عليه واجبات نفسية، و لكن ليس وجوبها بعناوينها الأولية، بل بالعنوان الطارئ عليها، و هو عنوان التحفظ على النظام.

و كيف كان فهذا الوجه ايضا فاسد، فإنه لا يجب على المريض بذل الأجرة حتى يجبر عليه مع امتناعه، بل الطبابة واجبة على الطبيب، بذل له الأجرة أم لا، و على ذلك فيكون للمريض و غيره إجبار الطبيب على الطبابة من باب الأمر بالمعروف.

و الحاصل أن هذا الوجه على تقدير تماميته يدل على جواز أخذ الأجرة و بذلها، لا على وجوبهما، مع ان التفرقة- بين الواجب الغيرى و النفسى بجواز أخذ الأجرة على الأول دون الثاني- غير تامة.

(۱) ظاهر قوله سبحانه فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ «۱» جواز أخذ المرأة الأجرة على إرضاعها، سواء كان باللباء أو غيره، فان تمت دعوى منافاة أخذ الأجرة لوجوب الفعل، فلا بد من تقييد الآية بالإرضاع بغير اللبأ. و التعبير بالأجر فيها ظاهر في ثبوته من جهة المعاوضة، لا أنه حكم شرعي و تعبد خاص كجواز أكل المار من ثمرة طريقه، حتى لا يمكن التعدى، كما لا يخفى.

(۲) قد تقدم عدم منافاة أخذ الأجرة على عمل مع قصد التقرب في ذلك

---

(۱) سورة الطلاق (۶۵) الاية (۶)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۹۶

....

العمل، و أنه لو كان سائر شرائط الإجارة حاصلة لما كان اشتراط قصد التقرب فيه موجبا لبطلانها، حيث أن الأجير لو أتى بالعمل- بداعي استحقاق الأجرة شرعا لئلا يبقى الدين على عهدته و يبتلي يوم القيمة بحسابه- كان هذا بنفسه نحو تقرب الى اللّه سبحانه، لا أنه ينافي التقرب في ذلك العمل، و على ذلك فلو استأجر من يصلح للإمامة لإعادة صلاته حتى يقتدى به، صح الاستيجار، و لا ينافي قصد التقرب المعتبر في أصل الصلاة و إعادتها.

نعم الاستيجار للعبادة للّه سبحانه- أصالة و إهداء ثوابها للآخر- يحتاج الى دليل على المشروعية. لا مشروعية الاستيجار فقط، بل مشروعية إهداء الثواب و نفوذه و قد قام الدليل عليها في الصلاة و الحج و الصدقة و نحوها في الجملة و بعد الدليل على المشروعية يجوز المعاملة على الإهداء بنحو الهبة المشروطة، حيث أن المعاملة عليه بنحو الاستيجار لا يخلو عن مناقشة، كما أن النيابة تحتاج الى دليل على المشروعية في الأفعال التي لا تنتسب الى غير الفاعل، و لا تقبل التوكيل كالصيام و الاغتسال و نحوهما، لا في مثل الحلق و الذبح و نحوهما من الأفعال التي تنتسب الى غير المباشر بالتوكيل، فإن النيابة فيها مقتضى الإطلاق في خطاب الأمر بتلك الأفعال.

ثم انه ليست النيابة منحصرة بتنزيل النفس منزلة الغير كما يظهر من المصنف (ره) بل النيابة في مثل الصلاة و الصوم عن الميت كأداء دين الغير. فكما أن من تقوم بأداء دين غيره لا ينزل نفسه منزلة المدين، بل يقصد الأداء بما في ذمته كذلك المصلى عن الغير يقصد

الصلاة التی فی ذمة المیت، و تلک الصلاة لم یؤخذ فیها قید المباشرة، کما أخذ هذا القید فی الصلاة التی فی عهدة الحی، کما هو ظاهر خطابات التکالیف. و لذا لا تصح النیابة عن الحی فی الصلاة و نحوها.

و فی صحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: «سألته عن رجل أدرکه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۷

....

رمضان و هو مریض، فتوفی قبل أن یبرأ قال: لیس علیه شیء، و لکن یقضی عن الذی یبرأ ثم یموت قبل أن یقضی» «۱» فإن ظاهرها اشتغال عهدة المیت، و فعل الآخرین قضاء عنه، و لا یکون ذلک الا لعدم اعتبار المباشرة فیما یعتبر فی عهدة المیت و یترتب علی کون النیابة هی التنزیل أو ما ذکرناه إمکان الاستدلال- علی عدم منافاة أخذ الأجرة علی عمل مع التقرب المعتبر فیه- بما ورد فی جواز الاستیجار للحج و العمرة، فإنه بناء علی إنکار التنزیل تکون الأجرة بإزاء نفس الحج و العمرة و أما بناء علی التنزیل، فقد تقدم عن المصنف (ره) دعوی أن الأجرة بإزاء التنزیل لا الحج و العمرة. و التنزیل أمر مستحب توصلی، فلاحظ.

(لا یقال) و یترتب ایضا أنه إذا ارتکب النائب عن الغیر فی الحج حال إحرامه موجب الکفارة کانت الکفارة علی المنوب عنه (فإنه یقال): بل تجب علی النائب علی التقدیرین، فان المنزل منزلة فعل المنوب عنه هو نفس الإحرام و سائر أعمال الحج لا ما یرتکبه النائب فی أثنائها کما لا یخفی. و فیما إذا لم یکن علی المنوب عنه اشتغال أصلا، کما فی الحج أو الصلاة ندبا عن المیت، فیمکن فی مثلهما القول بالتنزیل کما لا یخفی.

و الحاصل أنه ورد فی النیابة عن الغیر فی الحج و العمرة بنحو الاستیجار بعض الروایات، و حملها علی الاستیجار علی المقدمات خلاف ظاهرها، بل مقتضی الحمل المزبور یعنی وقوع الإجارة علی نفس المقدمات هو استحقاق الأجرة بالإتیان بها، و ان لم یترتب علیها ذوها. و فی موثقة عمار بن موسی الساباطی عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «سألته عن الرجل یأخذ الدراهم لیحج بها عن رجل، هل یجوز أن ینفق منها فی غیر الحج؟ قال إذا ضمن الحجة، فالدراهم له یصنع بها

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۷) الباب: (۲۳) من أبواب أحکام شهر رمضان- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۸

ثم انه کما یستحق الغیر بالإجارة (۱)

ما أحب و علیه حجة» «۱» حیث أن ظاهرها وقوع المعاملة علی نفس الحج کما هو معنی ضمانه، و بما انه لا یحتمل الفرق بین الحج و سائر العبادات التی قد أحرزت مشروعیة النیابة فیها، کقضاء الصلاة و الصوم و نحوهما عن المیت، فیکون الاستیجار علیها کالاستیجار للحج.

(۱) ذکر (ره) أنه کما لا یجوز تملیک العمل الواجب علیه للغیر بالأجرة، کذلک لا یجوز صرف ما یملکه الغیر علیه لنفسه، بأن یأتی لنفسه بعنوان العبادة ما استحقه الغیر علیه، کما إذا استوجر لإطافة صبی أو مغمی علیه، فلا یجوز أن ینوی الإطافة طوافا لنفسه أیضا، و کذا فیما إذا استوجر لحمل الغیر فی طواف ذلک الغیر فلا یجوز أن ینوی لنفسه الطواف فی تلک الأشواط. و هذا هو المراد من الاستیجار للحمل مطلقا، و جوز بعضهم الطواف لنفسه فیما إذا استوجر لحمل الغیر فی طواف نفسه، و هذا هو المراد من الاستیجار للحمل فی طوافه، و وجه الجواز فی هذه الصورة عدم کون الأشواط للغیر، بل ما یملکه الغیر علیه هو نفس الحمل فیها، نظیر ما إذا استوجر لحمل شیء آخر فیها بخلاف الصورتین الأولتین، فإن الأشواط فیهما مستحقة للغیر.

(أقول): الصحیح هو عدم الفرق بین الصور الثلاث، فیجوز أن ینوی فیها الطواف لنفسه، و ذلک فان کون شخص أجیرا فی عمل لا یقتضی إلا تملیک ذلک العمل فقط للمستأجر، لا بمقدماته و مقارناته، و لذا یجوز اجارة نفسه لآخر فیهما، و علی ذلک فالحرکة المخصوصة مقدمة لإطافة الغیر، أی جعل الغیر طائفا، کما أنها مقدمة لحمل الآخر فی طواف ذلک الآخر، فیجوز صرفها لنفسه بقصده الطواف لنفسه.

نعم لو استوجر للحمل لا فی طوافه بأن یکون أجیرا لحمل المستأجر بشرط

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۸) الباب (۱۰): من أبواب النیابة فی الحج- الحدیث: (۳).

قال فی المسالک هذا إذا کان الحامل (۱).

أن لا یکون الحامل طائفا حال الحمل. و هذه صورة رابعة، فقصد الحامل فیها الطواف لنفسه مخالفة للشرط، و باعتبارها یکون منهیا عنه فیفسد. و یحتمل أن یکون هذا الاشتراط تقییدا لمتعلق الإجارة، بأن یملک المستأجر الحمل علیه حال عدم طوافه لنفسه و بقصد کل من الحامل و المحمول الطواف ینتفی مورد الإجارة فلا یستحق علی المستأجر شیئا، و ترک الحامل مورد الإجارة و ان کان محرما، إلا أن طوافه لنفسه لا یکون منهیا عنه حتی یفسد، و وجه عدم النهی عنه عدم اقتضاء الأمر بالشیء النهی عن ضده الخاص، فلا بد فی الحکم من ملاحظة أن العقد علی الاشتراط أو علی التقیید.

ثم إنه لیس مما تقدم ما إذا حج الأجیر لنفسه ندبا فی سنة الإجارة، و ذلک فان ترکه الحج عن المنوب عنه و إن کان من ترک الواجب، لوجوب تسلیم العمل المملوک للغیر الیه، إلا أن الحج لنفسه فی تلک السنة ضد خاص لما وجب علیه بالإجارة، و الأمر بالشیء لا یقتضی النهی عن ضده الخاص، بل یمکن شمول الاستحباب لذلک الضد بنحو الترتب.

ثم إنه لو قیل بأن مقتضی الإجارة علی عمل تملیکه بمقدماته، فلا بأس أیضا بقصد الطواف لنفسه فی الصورة الثلاث المتقدمة، باعتبار أن قصد الأجیر الطواف لنفسه بحرکته الاستقلالیة فیها من قبیل الانتفاع بملک الغیر، لا التصرف فیه، و الانتفاع بملک الغیر ما لم یمکن تعدیا و تصرفا فیه غیر ممنوع، کالاستظلال بظل الغیر أو الاستنارة بنوره و هکذا و هکذا.

(۱) أی جواز احتساب حرکته المخصوصة و قصده بها الطواف لنفسه یختص بالموارد التی لا یملک المحمول فیها تلک الحرکة، کما إذا کان الحامل متبرعا أو حاملا بجعالة، حیث لا یملک فی الجعالة باذل العوض العمل علی الآخر، أو کان أجیرا للحمل فی طوافه، بمعنی أنه آجر نفسه للغیر لحمله حال الطواف لنفسه، فإنه یمکن فی جمیع ذلک أن ینوی کل من الحامل و المحمول الطواف لنفسه.

....

و أما إذا استؤجر للحمل مطلقا، أی أنه آجر نفسه لحمل الغیر، و لم یقید فی الإجارة بکون الحمل حال الطواف لنفسه، فلا یصح ان ینوی الحامل الطواف لنفسه، لان حرکته المخصوصة مستحقة للغیر فی صورة الإطلاق، باعتبار توقف طواف المحمول علیها، فلا یصح صرف تلک الحرکة لنفسه.

و أورد الإیروانی (ره) علی الفرق و ذکر أنه لا یختلف الحکم بین کونه أجیرا لحمل الغیر فی طواف نفسه، و بین کونه أجیرا لحمل الغیر بلا تقیید، بکون الحمل حال طواف نفسه، و وجه عدم الاختلاف أنه لو کان أجیرا لحمل الغیر علی نحو الاشتراط و التعلیق، بمعنی انه علی تقدیر طوافه لنفسه کان علیه أن یحمل الغیر، فهذا من التعلیق فی الإجارة، و ان کان أجیرا لحمله لا علی نحو الاشتراط

و التعليق استحق المستأجر عليه الحركة المخصوصة باعتبار توقف الحمل عليه، و لا يجوز للأجير أن ينوى بتلك الحركة الطواف لنفسه.

و لكن الصحيح كما ذكرنا عدم دخول مقدمات الحمل فى متعلق الإجارة، فإن إطافة الصبى أو المغمى عليه هى جعل الصبى أو المغمى عليه طائفا فيعتبر فيهما شرائط الطواف من الطهارة و غيرها.

و بعبارة أخرى يكون طواف الصبى أو المغمى عليه هى الحركة التبعية، و حركة الأجير مقدمة لطوافهما، و كذا الحال فى اشتراط حمله فى طوافه أو مطلقا و إلزام الأجير- بالمقدمة على تقدير امتناعه- لا يقتضى دخول تلك المقدمة فى ملك المستأجر، ليكون صرفها على نفسه من التصرف فى ملك الغير، فيكون منهيا عنه.

و مما ذكرنا يظهر أنه ليس الجواز لبعض الروايات الواردة فى إطافة الصبى أو غيره فى طواف نفسه، و وجه الظهور عدم فرض الاستيجار فى موردها لتصلح جوابا عن المناقشة بأن صرف الأجير الحركة المخصوصة على نفسه من التصرف فيما يستحقه الغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠١

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه (١)

---

(١) قد بنى (ره) على أن أخذ الأجرة على عمل لا يجتمع مع قصد التقرب بذلك العمل، سواء كانت عبادة واجبة أو مستحبة، و فرع على ذلك عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان، فإنه لانتفاع الغير به كإحراز دخول الوقت، أو الاكتفاء به فى الصلاة، يقع مورد الإجارة، و لكن بما أنه من قبيل العبادة، فلا يصح أخذ الأجرة عليه، حتى فيما إذا كان للاعلام فقط، بناء على أن أذان الإعلام ايضا كأذان الصلاة من العبادة، بمعنى أن الاعلام بدخول الوقت مستحب كفائى، و لا يحصل هذا الإعلام إلا بالأذان الواقع بنحو العبادة.

و بعبارة أخرى لا يصح الاعتماد عليه فى دخول الوقت إلا فيما وقع على نحو العبادة، و لا يكون طريقا معتبرا الى دخولها فى غير هذه الصورة، و يذكر فى المقام روايات يستظهر منها عدم جواز أخذ الأجرة عليه، كموثقة زيد بن على عن آبائه عن على عليهم السلام «أنه أتاه رجل، فقال له: و اللّه إنى أحبك للّه، فقال له: و لكنى أبغضك للّه، قال: و لم؟ قال: لأنك تبغى فى الأذان و تأخذ على تعليم القرآن أجرا» «١» و فى سندها عبد اللّه بن منبه و الظاهر أنه اشتباه من النساخ.

و الصحيح منبه بن عبد اللّه. و قد ذكر النجاشى أن حديثه صحيح، و وجه الصحة كون الراوى عنه محمد بن الحسن الصفار الذى يروى عن المنبه فى سائر الروايات و لكن فى دلالتها على عدم الجواز تأمل، فإن بغضه عليه السلام يمكن لاستمراره على الكراهة، و يشهد لها ما فى ذيلها (و سمعت رسول اللّه (ص) يقول من أخذ على تعليم القرآن اجرا كان حظه يوم القيمة: فإن التعليل يناسب الكراهة كما لا يخفى.

و عن السيد الخوئى طال بقاه أن دلالتها على المنع بضميمة ما ورد من أنه عليه السلام لا يبغض الحلال، و فيه أنه لم أظفر على رواية معتبرة يكون ظاهرها ذلك. نعم ورد فى روايات الربا أنه عليه السلام كان لا يكره الحلال، و ظاهرها خلاف

---

(١) وسائل الشيعة الباب: (٣٠) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٢

و من هنا يظهر وجه ما ذكروه فى هذا المقام (١)

المقطوع، فإنه عليه السلام كان يكره المكروهات الشرعية قطعا، مع كونها محللة. و حسنة حمران الواردة فى فساد الدنيا و فيها قال (ع): «و رأيت الأذان بالأجر و الصلاة بالأجر «١».

و فيه انه لا دلالـة لها ايضا على المنع، بل و لا دلالـة على الكراهـة، فإنها فى مقام بيان علامـة فساد الأرض، لا بيان موجبات فسادها، و يمكن كون الحلال المخصوص علامـة لفسادها، كقوله عليه السلام فيها «و رأيت المؤمن صامتا لا يقبل قوله» فان صـمت المؤمن مع عدم قبول قوله لا يكون حراما، بل و لا مكروها. و روايتى محمد ابن مسـلم و العلاء بن سيابة عن ابى جعفر عليه السلام، قال: «لا تصل خلف من يبتغى على الأذان و الصـلاة أجرا، و لا تقبل شـهادته» «۲» و لا بأس بـدلالتهما على المنع فان الحكم بفسق آخـذ الأجر على الأذان أو الصـلاة المراد بها الإمامة لا يكون الا مع حرمة الفعل أو بطلان المعاملة، إلا أنهما ضـعيفتان سـندا. و إن وصف السيد اليزدى (ره) رواية محمد بن مسلم بالصحيحة، و الأظهر أنه لا بأس بأخذ الأجرة على الأذان و تعليم القرآن، لعدم المنافاة بين أخذ الأجرة على عمل، و كونها عبادة مع أن تعليم القرآن ليس من العبادة و الروايات، كما مرت ضـعيفة سـندا أو دلالـة، و لكن الأحوط الترك و اللّه. سبحانه هو العالم.

(۱) الوجه هو ذكر الصلاة فى حسـنة حمران و قـد تقدم ظهورها فى الأجر على الإمامة، و لكن ذكرنا عدم دلالتها على المنع. و أما ما ذكره (ره)- من أن الانتفـاع بالإمامـة موقوف على تحققهـا بقصـد الإخلاـص إذ المـأموم لاـ يجوز له الاقتـداء إلاـ بإمام تكون صـلاته صحيحـة، و قصـد الإخلاص لا يجتمع مع أخذ الأجرة- فلا يمكن المساعدة عليه، فان ما يفيد الغير فى المقام هى صـحة صـلاة الإمام، حتى يقتدى بصلاته.

و أما كون إمامته بالقربة، فلا يعتبر فى جواز الاقتداء و على ذلك فلو كان المكلف

---

(۱) وسائل الشيعة: الباب (۴۱) من أبواب الأمر بالمعروف الحديث (۶)

(۲) وسائل الشيعة الجزء الباب (۳۲) من أبواب الشهادات- الحديث (۶۰۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۰۳

تحمل الشهادة (۱)

بحيث يـأتى بالصـلاة بـداعى الأـمر بها و لو منفردا، و لا يأتى بها حتى مع إعطاء الأجرة عليها لو لا أمر الشارع بها، فيكون أخـذ أجرته على خصوصـية صـلاته لا على أصـلها، و تلك الخصوصية لم تؤخذ فى متعلق الأمر بالطبيعة، فلا بأس بذلك الأخذ غاية الأمر لا يثاب على إمامته فتدبر.

(۱) تعرض (ره) لأخـذ الأـجرة على تحمـل الشـهادة، و ذكر عـدم جوازه بنـاء على وجوب التحمل عنـد الـدعوة إليه، كما هو مقتضـى الصـحيح الوارد فى تفسير قوله سـبحانه وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا «۱» و كـذا لا يجوز أخـذ الأجرة على أدائها و الوجه فى عـدم الجواز هو كون كل من الأداء و التحمل حقا للمشـهود له، فيسـتحقهما على الشاهـد، فيكون أخذ الشاهد الأجرة على الأداء أو التحمل من مبادلة حق شخص بمال ذلك الشخص. و هذا أكل المال بالباطل، بل ينطبق عنوان الأكل بالباطل حتى فيما لو أخذ المال عن آخر يجب عليه أيضا الأداء أو التحمل كفاية، حيث أن طلب المال لأداء حق الغير اليه، سواء كان المطلوب منه المال، صاحب الحق أو غيره أكل لذلك المال بالباطل.

(أقول) فى كون الاستجابة للتحمل أو الأداء مجانا حقا للمشـهود له تأمل. و ذكر السـيد الخوئى طال بقاه أن الوجه فى عدم جواز أخذ الأـجرة اسـتفادة المجانيـة من دليـل وجوبهمـا، فـان قوله سـبحانه:- وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا مع الإغماض عن الروايـة أيضا يعم الدعوة الى التحمل و الأداء. و مقتضى إطلاق النهى عدم جواز الإباء حتى مع عدم بذل الأجرة.

و فيه أنه يمكن دعوى كون متعلق النهى الـدعوة المتعارفـة و إذا كانت الـدعوة المتعارفـة الى التحمل أو الشـهادة بالأجر كانت الدعوة إليها كالدعوة إلى الخياطة أو البناء فى أن وجوب استجابتهما لا يقتضى المجانية. و يشهد لذلك ملاحظة صدر الآية، فإن قوله

(۱) سورة البقرة (۲) الایة (۲۸۲).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۰۴

بقى الكلام فى شىء (۱)

سبحانه وَ لا يَأْبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَما عَلَّمَهُ اللَّهُ- لا يقتضى وجوب الكتابة على الكاتب مجانا.

(لا يقال) ان بينهما فرقا فإن الكتابة فى الدين مستحبة، فلا بأس بأخذ الأجرة عليها، بخلاف الاستجابة لأداء الشهادة أو تحملها (فإنه يقال): الاستجابة إلى الكتابة مثل الاستجابة للتحمل أو الأداء واجبة، مع أن مقتضى الإطلاق عدم جواز المطالبة بالأجرة للتحمل و الأداء، لا عدم جواز أخذها مع إعطائها كما هو المطلوب فى المقام و فى مثل الأجرة على القضاء، كما لا يخفى.

هذا و يمكن أن يقال بعدم تعارف أخذ الأجرة على تحمل الشهادة أو أدائها، و ليس لهما مالية، فيكون أخذها من أكل المال بالباطل نعم لو توقف التحمل أو الأداء على بذل المال لقطع المسافة و نحوه، لم يجب البذل من كيسه، و الوجه فى ذلك: أن مقتضى قاعدة نفى الضرر عدم وجوب التحمل أو الأداء فى الفرض، حتى فيما إذا قال المشهود له: اصرف المال و على تداركه، فان مجرد التزامه بالعوض لا يوجب انتفاء الضرر، حيث انه ربما لا يصل اليه العوض، لعدم وفاء المشهود له بالتزامه.

(۱) ذكر جماعة من الأصحاب فى الواجبات و المستحبات التى لا يجوز أخذ الأجرة عليها أنه يجوز ارتزاق مؤديهما من بيت المال، و ليس المراد أخذ الأجرة و العوض من بيت المال على عملهم، فإنه لا فرق فى عدم الجواز بين الأخذ من بيت المال أو من غيره، بل يكون إعطاء العوض من بيت المال، باعتبار عدم كونه ملكا شخصيا للمعطى، اولى بعدم الجواز. فليكن مرادهم أنه إذا قام المكلف بتلك الأعمال التى لا يمكنه- مع القيام بها- الكسب المناسب، فيقرر له من بيت المال ما يكفيه من مؤنة نفسه و عياله مع فقره، زاد على اجرة عمله أم نقص بعنوان المساعدة، و أما مع غناه، فان كان ذلك العمل واجبا عليه، فلا يجوز لولى المسلمين الإعطاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۰۵

[خاتمة تشتمل على مسائل]

[الأولى: بيع المصحف]

صرح جماعة (۱)

من بيت المال، فإن عدالة القاضى تمنعه عن ترك القضاء الواجب عليه، فيكون إعطاؤه مع غناه من إتلاف بيت المال. و هذا بخلاف البذل لمثل المؤذن و الامام الراتب ممن يقوم بالمستحبات، فإنه يجوز فيما إذا كان تركه موجبا لترك الأذان و الإمامة و نحوهما، و لا يكون من إتلاف بيت المال بلا جهة، بل القاضى فيما إذا أراد الارتحال من البلد الى الآخر للقضاء فى ذلك البلد، و كانت الحاجة إليه فى البلد أشد، فإنه لا بأس بالبذل له، فإنه من صرف بيت المال فى سبيل صلاح المسلمين.

(۱) ذكر جماعة من القدماء و المتأخرين عدم جواز بيع المصاحف، و مرادهم- كما أوضح فى الدروس- بيع خطه، و كانت حرمة بيعه مشهورة بين الصحابة على ما هو ظاهر نهاية الأحكام، حيث تمسك فى إثباتها باشتهارها بين الصحابة، و يدل عليه ظاهر جملة من الروايات.

(منها)- روایة سماعة عن الشیخ (ره) بإسناده عن محمد بن احمد ابن یحیی عن ابی عبد اللّه الرازی عن الحسن بن علی بن أبی حمزة عن زرعة عن سماعة بن مهران قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) یقول: لا تبیعوا المصاحف، فان بیعها حرام، قلت: فما تقول فی شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتین و الحدید و الغلاف، و إیاک أن تشتری منه الورق، و فیه القرآن مکتوب» «۱» و هی ضعیفة، و لیست بالموثقة، فإن أبا عبد اللّه الزراری هو محمد بن أحمد الجامورانی الزراری، و قد استثناه ابن الولید عن روایات محمد بن احمد بن یحیی، و فی استثنائه دلالة علی ضعفه، کما ان ضعف الحسن بن علی بن أبی حمزة أظهر من أن یذکر، فتوصیف المصنف (ره) الروایة بالموثقة غیر تام.

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۳۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۰۶

....

و (منها)- روایة عبد الرحمن بن سیابة عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «سمعته یقول: أن المصاحف لن تشتری، فإذا اشتریت، فقل إنما اشتری منک الورق، و ما فیه من الأدیم، و حلیته، و ما فیه من عمل یدک بکذا و کذا» «۱» و فی موثقة سماعة عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «سألته عن بیع المصاحف و شرائها؟ قال: لا تشتر کتاب اللّه، و لکن اشتر الحدید و الورق و الدفتین، و قل: أشتری منک هذا بکذا و کذا» «۲».

و لکن فی مقابلها ما یظهر منه الجواز، کصحیحة أبی بصیر، قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن بیع المصاحف و شرائها؟ فقال: إنما کان یوضع عند القامة و المنبر، و قال: کان بین الحائط و المنبر قدر ممر شاة أو رجل، و هو منحرف، فکان الرجل یأتی فیکتب البقرة، و یجیء آخر، فیکتب السورة کذلک کانوا، ثم إنهم اشتروا بعد ذلک، فقلت: فما تری فی ذلک؟ قال: أشتریه أحب الی من أن أبیعه» «۳» و نحوها موثقة روح بن عبد الرحیم، و زاد فیها «قلت: فما تری أن اعطی علی کتابته أجرا؟ قال: لا بأس، و لکن هکذا کانوا یصنعون» «۴».

و مقتضی الجمع بین الطائفتین هو حمل المانعة علی الکراهة. و لکن ذکر المصنف (ره) أن صحیحة أبی بصیر لا تصلح ان تکون قرینة علی صرف النهی فی سائر الروایات إلی الکراهة، فإن مدلولها أنه لم یکن فی الصدر الأول تحصیل المصاحف بالشراء، و انما حدث ذلک أخیرا. و أما کیفیة بیعها و شرائها و هل هو مثل سائر الکتب أم لا؟ فلا دلالة لها علی المماثلة الا بالإطلاق أی السکوت فی مقام البیان فیرفع الید عن ذلک بمثل روایة عبد الرحمن المتقدمة الدالة علی الکیفیة المعتبرة فی بیع المصاحف و شرائها، بل هذا الإطلاق أیضا یمکن منعه بعدم کون الروایة

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۳۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱).

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۳۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۲).

(۳) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۳۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۸).

(۴) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۳۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۴).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۰۷

بقی الکلام فی المراد من حرمة البیع (۱).

فی مقام البیان من جهة الکیفیة لیمکن دعوی إطلاقها.

و بهذا یظهر الحال فی روایة عنبسة الوراق، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع)، فقلت: إنی رجل أبیع المصاحف، فإن نهیتنی لم أبعها، فقال أ لست تشتری ورقا و تکتب فیه؟ فقلت: بلی و أعالجها، فقال لا- بأس بها» «۱» فان ظهور هذه فی جواز بیع المصاحف کسائر الکتب بالإطلاق و بالسکوت فی مقام البیان، فیرفع الید عنه بالبیان الوارد فی الروایات المتقدمة.

(أقول): لا بد من رفع الید عن الاخبار المانعة بحملها علی الکراهة، فإنه قد ورد فی موثقة روح بن عبد الرحیم المتقدمة نفی البأس عن الکتابة بالأجر، و لو لم یکن لخط القرآن مالیة، باعتبار عظمته لم تکن کتابته من الأعمال التی لها قیمة.

و الحاصل أنه لا یحتمل الفرق بین الأجر علی کتابة القرآن و بین بیعه، و جواز الأول کاشف عن جواز الثانی. هذا مع أن ظاهر السؤال فی مثل صحیحة أبی بصیر بقوله (فما تری فی شرائها) هو السؤال عن جواز شراء المصاحف بالنحو المتعارف فی سائر الکتب، فیکون جوابه علیه السلام بالجواز راجعا الی ذلک النحو، و هذا من الظهور الوضعی لا الإطلاقی لیتوقف علی تمامیة مقدماته، و ذلک فإن دلالة اللفظ الموضوع للکتاب علیه بالوضع و اضافة البیع الیه ظاهرة بمقتضی وضع الإضافة، فی تعلقه بعنوان ذلک الکتاب کما لا یخفی.

(۱) لا- یخفی أن المصحف کسائر الکتب تکون خطوطه وصفا مقوما له، و لا- یمکن کون الوصف مطلقا مقوما کان أم غیره ملکا لشخص، و موصوفه ملکا للآخر. بل لو کان الوصف فی الشیء حاصلا بعمل الآخر، و کان بأمر من مالک

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) باب: (۳۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵)

....

ذلک الشیء أو باستئجاره فیستحق العامل الأجرة علیه، و الا فلا احترام لفعله، و لا یکون له علی مالکه أجرة أصلا، و علی ذلک فلو کان النهی عن بیع المصاحف لزومیا کان المراد بمتعلق النهی، ملاحظة خطوطها فی أخذ العوض علیها، علی ما تقدم سابقا فی النهی عن بیع الجاریة المغنیة، و فی النهی عن بیع آلات اللهو.

و الحاصل ان المراد بالنهی عن بیع المصاحف هو المنع عن بیع الأوراق بملاحظة کونها موصوفة بالکتابة القرآنیة. و بهذا یظهر أن ما ذکره المصنف (ره)- من أن النقوش ان لم تعد من الأعیان المملوکة عرفا، بل من صفات المنقوش الذی تتفاوت قیمته بوجودها و عدمها، فلا حاجة الی النهی عن بیع الخط، فإنه لا یقع بإزائه جزء من الثمن لیقع فی حیز النهی- لا یمکن المساعدة علیه، لما ذکرنا من کون الخطوط وصفا مقوما، نظیر بیع آلات اللهو، و ان النهی مقتضی عدم جواز لحاظ هذا الوصف فی مقام المبادلة، علی ما تقدم فی بیع الآلات.

نعم ذکرنا أنه لا- بد من حمل النهی علی الکراهة أی علی کراهة إیقاع المعاملة علی المصحف بما هو مصحف، و أن اللازم فی التخلص من هذه الکراهة جعل الثمن بإزاء الأوراق بما هی أوراق، و الثمن المأخوذ و ان کان زائدا علی ثمن الأوراق، و الزیادة بداعی اتصاف تلک الأوراق بالکتابة القرآنیة، الا أنه لا یذکر هذه الجهة فی العقد، بل یذکر فیه عنوان الأوراق و الحدید، و بعد انتقال الأوراق إلی المشتری یکون مالکا لها بما هی مصحف، حیث تقدم تبعیة الخطوط، و انه لا یمکن کونها ملکا لشخص، و الأوراق ملکا لآخر.

(لا- یقال) لا فرق بین النهی فی المقام و بین النهی عن بیع آلات اللهو، غایة الأمر عدم المالیة فی تلک الآلات باعتبار خستها، و فی المصحف باعتبار عظمته، کما یرشد الی ذلک، قوله فی مضمرة عثمان بن عیسی: «لا تشتر کلام اللّه» و علی ذلک یکون النهی عن

بيع المصحف نظير النهى عن بيع تلك الآلات حقيقيا، لا راجعا الى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۰۹

ثم ان المشهور بين العلامة (۱)

صورة العقد كما تقدم، نعم يجوز بيع الأوراق و الحديد من المصحف نظير بيع المواد من الآلات.

(فإنه يقال) ان تجويز بيع المصحف فى صحيحة أبى بصير المتقدمة و تجويز أخذ الأجرة على كتابته فى موثقة روح بن عبد الرحيم قرينة على اختلاف الحكم فى المقام، و أن إيقاع المعاملة على المصحف كايقاعها على سائر الكتب مكروه، و لا بد من التخلص عن الكراهة من إيقاعها على الأوراق و الحديد، فيكون هذا حكما راجعا إلى صورة العقد، و لا يتعين بيع المصحف بقيمة الأوراق و الحديد، كما كان يتعين ذلك فى بيع الآلات، على تأمل كما لا يخفى.

و أما ما ذكره المصنف (ره)- من فرض كون خطوط المصحف من الأعيان فى مقابل أوراقه- فغير صحيح، و على تقديره فيرد عليه ما أورده (ره) من انه لو قيل ببقاء تلك الخطوط على ملك البائع بعد بيعه الأوراق، لزم شركة البائع و المشترى فى المصحف بالقيمة، و لا يمكن الالتزام بها. و ان انتقلت إلى المشترى، فان كان انتقالها بجزء من الثمن فهو عين بيع المصحف، و لا يكون للنهى عنه معنى الا الحمل على الكراهة، و ان كان انتقالها قهرا تبعا للاوراق، فهو خلاف مقصود المتبايعين، فان قصدهما إعطاء العوض و أخذه فى مقابل المصحف المركب من الأوراق، و الخطوط، فلا بد من إرجاع النهى إلى التكليف الصورى أى التكليف الراجع إلى صورة المعاملة، بأن يجعل الخطوط فيها بعنوان الشرط فى البيع، لا الجزء من المبيع.

(۱) المشهور بين العلامة و المتأخرين عنه- على ما قيل- عدم جواز بيع المصحف من الكافر، حتى بالوجه الذى يجوز بيعه من المسلم بذلك الوجه، و احتمل المصنف (ره) أن يكون مستندهم فى عدم الجواز أمرين (الأول) فحوى ما دل على عدم جواز تملك الكافر المسلم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۱۰

....

(أقول) الفحوى ممنوعة، فإنه لو كان أصل الحكم ثابتا بان لا يصح تملك الكافر العبد المسلم، فهو باعتبار أن- ملك الكافر المسلم و عدم تمكن المسلم على تصرفاته و أفعاله إلا برخصة منه- ولاية للكافر على المسلم، و لا يجرى ذلك فى ملك الكافر المصحف، و بعبارة أخرى لو لم يكن هذا هو الملاك جزما فلا أقل من احتمال كونه الملاك، و معه لا يمكن دعوى الفحوى. و أما أصل الحكم فإنه روى الشيخ (ره) فى نهايته عن حماد بن عيسى عن ابى عبد اللّه عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه، و لا تقروه عنده «۱» فيقال ظاهر هذه الرواية عدم سلطان للكافر على إقرار المسلم فى ملكه.

و فيه أنه لا بد فى المسألة من الاعتماد على وجه آخر، فان هذه الرواية لضعف سندها بالرفع لا يمكن الاعتماد عليها (لا يقال): سند الشيخ الى حماد مذكور فى المشيخة، و ليس فيه ضعف (فإنه يقال) لم يحرز أن الشيخ رواها فى النهاية عن كتاب حماد، و ملاحظة المشيخة تنفع فيما إذا أحرز أن روايته عن كتابه، و الإحراز بالإضافة إلى روايات التهذيب و الاستبصار فقط، لذكره فى أول التهذيب بدء الرواية باسم صاحب الكتاب الذى يروى عنه، و بدؤه- (ره) فى التهذيب بمحمد بن يحيى مرفوعا عن حماد- قرينة على عدم أخذه الرواية من كتاب حماد و الا لكان المناسب بدء السند به لا بمحمد بن يحيى و لعل قوله سبحانه لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «۲» كاف فى ذلك الحكم، فتأمل.

(الأمر الثانى) قوله (ع): (الإسلام يعلى و لا يعلو عليه) أقول هذا نبوى مرسل، و لا يمكن الاعتماد عليه، و مدلوله إن كان إثبات العلو للإسلام بحسب مقام الإثبات و البرهان، فهذا صحيح، و لكن لا يرتبط بالمقام، و إن كان علوه بحسب

---

(۱) الوسائل الشيعهٔ: الجزء (۱۲) الباب: (۲۸) من أبواب عقد البيع- الحديث (۱)

(۲) سورهٔ النساء (۴) الايهٔ: (۱۴۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۱۱

المحترم لاسمائه (۱) الدراهم المضروبهٔ (۲)

[الثانية جوائز السلطان و عماله]

اشارهٔ

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۱، ص: ۳۱۱

جوائز السلطان و عماله (۳)

[الأولى ما لا يعلم بأن فى جملهٔ أموال هذا الظالم مالا محرما يصلح لكون المأخوذ منه]

تشريع الأحكام، فهذا لا يقتضى عدم جواز بيع المصحف للكافر، فان مجرد تملكه لا يكون علوا للكفر على الإسلام، كما أن مجرد تملك مسلم الإنجيل لا يكون علوا للإسلام على الكفر. نعم لا يجوز إعطاء المصحف بيد الكافر، فيما إذا كان الإعطاء تعريضا للمصحف الشريف للنجاسة الموجبة لهتكه، و هذا غير بحث الملكية الحاصلة بالبيع و نحوه.

(۱) بصيغة الفاعل أى الكافر الذى يرى الحرمة لاسمائه تعالى.

(۲) بناء على تسرية الحكم، فلا يجوز بيع الدراهم من الكافر، حتى فيما إذا لم تكن مالية للسكة الموجودة عليها، كالدراهم المأخوذة للتبرك و المكتوب عليها اسم النبى (ع) أو غيره من المعصومين عليهم السلام، فان بيعها باعتبار موادها أى الذهب و الفضة و إن كان نظير بعض الحلويات أو الصابون المصنوع بصورة الحيوان، فيباع فى السوق باعتبار موادها، إلا ان المفروض فى المصحف عدم جواز بيعه من الكافر، حتى باعتبار أوراقه و حديده، و لازم التعدى إلى الدراهم المفروض التبرك بسكتها عدم جواز بيعها حتى باعتبار مادتها.

(۳) للمال المأخوذ من الجائر أو عماله مجانا أو معاوضة صور أربع: (الاولى) عدم العلم تفصيلا و لا إجمالا بوجود الحرام فى أمواله (الثانية) عدم العلم لا تفصيلا و لا إجمالا بالحرام فى المأخوذ منه مع العلم الإجمالى بالحرام فى أمواله (الثالثة) العلم تفصيلا بحرمة المأخوذ منه، و أنه ليس للجائر (الرابعة) العلم إجمالا بوجود الحرام فى المأخوذ منه، و أنه مشتمل على مال الغير.

أما الصورة الأولى فقد ذكر المصنف (ره) فيها جواز الأخذ و التصرف، للأصل و الإجماع و الاخبار الآتية، و ينبغى أن يراد بالأصل قاعدة اليد، فان مقتضاها كون الجائر مالكا لما فى يده، فيكون تصرفاته فيه نافذة. و أما أصالة الصحة فلا يمكن إجراؤها مع الإغماض

عن قاعدة الید، فإنها لا تجری فیما إذا لم تحرز سلطنة الشخص

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۲

....

شرعا علی التصرف، کما فی المقام، فإنه لا دلیل علی اعتبارها غیر السیرة الجاریة علی حمل المعاملات الصادرة عن الغیر علی الصحة، و المقدار المحرز من السیرة موارد إحراز السلطنة، و علی ذلک فمن المحتمل ان لا یکون الجائر سلطانا علی تملیک المال المفروض باعتبار عدم کونه مالکا له. و أما الاستصحاب، فمقتضاه عدم جواز الأخذ، و عدم کون المال ملک الجائز و الإجماع لا یصلح للاعتماد علیه، فإنه لا یکون إجماعا تعبدیا، بل من المحتمل- لو لم یکن من المقطوع به- أن المدرک لافتائهم بالجواز قاعدة الید أو غیرها، کما لا حاجة فی هذه الصورة الی الاخبار، فإن الجواز علی القاعدة، إلا أن یراد أن فی الأموال المأخوذة من السلطان الجائر أو عماله شبهة حرمة تکلیفا، حتی فیما إذا أحرز بالیقین بأن المأخوذ ملکه شخصا، و هذه الشبهة مدفوعة بأصالة الحل و الاخبار الآتیة.

ثم ذکر المصنف (ره) أنه ربما یوهم بعض الاخبار أن حل المال فی هذه الصورة مشروط بثبوت مال حلال للجائر، کروایة الاحتجاج عن الحمیری أنه «کتب الی صاحب الزمان عجل اللّه فرجه یسأله عن الرجل یکون من وکلاء الوقف، مستحل لما فی یده، و لا یتورع عن أخذ ماله، ربما نزلت فی قریة هو فیها أو أدخل منزله، و قد حضر طعامه، فیدعونی إلیه، فان لم آکل عادانی علیه، فهل یجوز لی ان آکل طعامه و أتصدق بصدقة، و کم مقدار الصدقة؟ و إن أهدی هذا الوکیل هدیة الی رجل آخر، فیدعونی إلی أن أنال منها، و أنا أعلم أن الوکیل لا یتورع عن أخذ ما فی یده، فهل علی فیه شیء إن أنا نلت منه؟ الجواب إن کان لهذا الرجل مال أو معاش غیر ما فی یده، فاقبل بره و الا فلا «۱» و لا یخفی أن ظاهر الخبر صورة العلم بحرمة مال الجائر، و فرض مال حلال

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۵۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۳

[اما الثانیة ما یعلم ثبوت الحرام فی أمواله و یحتمل کون الجائزة منه]

اما الثانیة (۱)

له فیها، باعتبار أن لا یکون حرمة المأخوذ محرزة تفصیلا، لا أن وجود مال حلال له شرط تعبدی فی جواز المأخوذ منه.

(۱) (الصورة الثانیة) و هی ما یعلم ثبوت الحرام فی الأموال التی بید الجائر و یحتمل کون الجائزة من ذلک الحرام، فیجوز فی هذه أیضا أخذ الجائزة تکلیفا و وضعا، لجریان قاعدة الید فی الجائزة، و لا تکون معارضة بالید علی سائر أمواله، سواء احتمل الآخذ الابتلاء بها بعد ذلک، أم لا، و ذلک فان عدم جواز التصرف بالإضافة إلی سائر الأموال محرز تفصیلا، فإنها إما ملک الجائر واقعا، و باعتبار عدم إذنه فی التصرف فیها تکون حراما. و أما ملک لغیره، فلا یجوز التصرف فیها بدون اذن ذلک الغیر، و أما بالإضافة إلی الجائزة، فلا علم بحرمتها، فتکون موردا لقاعدة الید بلا معارض. نعم فی مثل ما إذا خیره الجائر فی أخذ أحد أثوابه المعلومة حرمة بعضها إجمالا، یدخل الفرض فی الصورة الرابعة.

(لا یقال): ان العلم الإجمالی فی هذه الصورة منجز، و ذلک فان العلم التفصیلی بحرمة سائر أموال الجائر، لکونها ملک الغیر أو انها ملکه، و باعتبار عدم إذنه یحرم التصرف فیها، لا یوجب جریان قاعدة الید فی المأخوذ، لسقوطها بالعلم الإجمالی بحرمة المأخوذ أو عدم جواز الاخبار و الشهادة علی کون سائر أمواله ملکا له.

و الحاصل أن ليده على سائر أمواله أثرا فعليا، و هو جواز الاخبار و الشهادة على كونه مالكا له (فإنه يقال) إذا علم وجود الحرام فى سائر أمواله، و احتمل كون المأخوذ أيضا حراما، فلا بأس بإجراء قاعدة اليد فى المأخوذ. نعم إذا علم حرمة بعض أمواله و تردد ذلك البعض بين كونه جائزة أو ما هو عند الجائر، فلما ذكر من دعوى العلم الإجمالى بحرمة المأخوذ أو عدم جواز الاخبار بملكية سائر ما فى يده وجه، فإنه يكون ايضا ليده على سائر أمواله أثر، و هو جواز الاخبار بكونها ملكا له.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۱۴

....

ثم إن هذا الوجه كما ترى يجرى حتى فى الشبهة غير المحصورة، و التى لا- يمكن عقلا- فيها ابتلاء المكلف بتمام أطرافها، فلا يحل المأخوذ فيها، لسقوط قاعدة اليد، و يكون عدم الجواز مقتضى استصحاب الفساد.

ثم انه قد صرح جماعة بكراهة أخذ الجائزة من الجائر، و عن العلامة الاستدلال عليها باحتمال كونها حراما فى الواقع، و للنهى عن ارتكاب المشتبه فى مثل قولهم:

(دع ما يريبك) و للترغيب فى تركها فى مثل قولهم: (من ترك الشبهات نجى من المحرمات) و بعضهم زاد على هذا الاستدلال وجوها.

(منها) أن أخذ المال من الجائر و عماله سبب لمحبتهم، فان القلوب مجبولة على حب من أحسن إليها.

و (منها) أنه تترتب على أخذ المال من الجائر أو عماله مفاسد لا تخفى، كما يفصح عن ذلك ما فى صحيحة أبى بصير من قوله عليه السلام: «إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا أصابوا من دينه مثله» «۱».

و (منها) رواية عبد اللّه بن الفضل عن أبيه عن الكاظم موسى بن جعفر سلام اللّه عليه: «و اللّه لو لا انى أرى من أزواجه بها من عزاب بنى أبى طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلتها أبدا» «۲» فإنها ظاهرة فى مرجوحية أخذ المال لو لا الجهة المذكورة.

و لكن لا- يصلح شىء من ذلك لإثبات الكراهة، و ذلك فان ظاهر اخبار الاحتياط و التوقف فى الشبهات هو الإرشاد إلى موافقة التكاليف الواقعية، و الترغيب فى إدراك ثواب طاعتها، و التحرز عن محذور مخالفتها. و هذا لا يختص بخصوص الجائزة، بل يعم كل الشبهات حتى المال المأخوذ من العدول. و أما أن أخذ المال من الجائر يوجب حبه فليس كذلك، فان بين المحبة لهم و أخذ المال منهم العموم من وجه،

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۴۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۱۵

ثم انهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمور (۱) و منها إخراج الخمس (۲)

فقد يأخذه عوضا عن متاعه فى معاملة اضطر إليها. و أما ترتب المفسدة فلا شهادة له فى صحيحة أبى بصير، فإنها ناظرة إلى إعانة الظالم، و كون الشخص من أعوان الظلمة على ما تقدم سابقا.

و رواية قبول الامام عليه السلام هدية هارون، لا يمكن الاعتماد عليها، لضعفها سندا و دلالة، فإنها واردة فى مورد خاص، فلعل المال المفروض كان من المجهول مالكه، و مورده التصدق به عن مالكه، و لو لم يكن صرف ذلك المال فى تزويج عزاب بنى أبى طالب بعنوان الصدقة عن مالكه، لم يكن يأخذه الإمام عليه السلام، و مثل هذا لا يرتبط بالمقام.

و الوجوه التى زادوها على استدلال العلامة مقتضاها- على تقدير تماميتها- كراهة الأخذ حتى مع إحراز كون المال ملك الجائر واقعا، كما أن ما ذكره العلامة مقتضاه كراهة الأخذ حتى مع إحراز كون المال ملك الجائر واقعا، و كراهة الأخذ و التصرف فى مطلق المال المشتبه من دون خصوصية للمأخوذ من الجائر.

(۱) (الأول) أخبار الجائر بأن المال ملكه واقعا، و لكن قد ظهر مما تقدم أن الكراهة- على تقديرها- لا ترتفع بذلك، فان الموجب لها إما اشتباه المال، و لا يرتفع الاشتباه باخبار العدل، فضلا عن الجائر، و ما ذكره المصنف (ره)- من أن الموجب للكراهة هو كون المال مظنة الحرمة، و مع اخبار الجائر الثقة بكونه ملكا له يخرج المال عن كونه مظنة الحرمة- لا يمكن المساعدة عليه، فان أخبار الاحتياط و التوقف عند الشبهات لا تختص بصورة كون المال مظنة الحرام، بل تعم مطلق ما يحتمل حرمته واقعا. و اما الوجوه المذكورة فقد ذكرنا أن مقتضاها ثبوت الكراهة حتى مع العلم بحلية الجائزة.

(۲) (الثانى) إخراج الخمس عن المال المأخوذ من الجائر و لا يخفى أن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۱۶

....

إخراج الخمس فى المال المختلط حكم إلزامى لا حكم استحبابى حتى يتعدى الى المقام.

و ثانيا أن الخمس فى المال المختلط ثابت بعنوان التصدق بالمال المجهول مالكه، فيما إذا لم يعلم قدر المال و صاحبه، و ليس من الخمس المعروف كما عليه المشهور. و على كل تقدير، فالحكم، باستحباب إخراج الخمس- فى المقام المفروض فيه احتمال كون جميع المال حراما واقعيا، نظرا الى ثبوته فى المال المختلط- قياس مع الفارق، فان التصدق بمقدار الخمس فى المال المختلط باعتبار أن عين ذلك إن كان مال الغير فيكون الواجب إيصاله الى صاحبه بالتصدق عنه، و إن كان مال الغير غيره، فيجوز لمن فى يده، المال المجهول مالكه، تبديل ذلك المال، و التصدق بالبدل، فالتصدق بالخمس إيصال لمال الغير اليه على كل تقدير، بخلاف المقام المحتمل فيه كون المأخوذ بتمامه مال الغير كما لا يخفى.

و اما الموثقة المسئول فيها عن عمل السلطان- «يخرج فيه الرجل، قال عليه السلام: لا إلا أن لا يقدر على شيء يأكل و يشرب، و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار فى يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت عليهم السلام» «۱»- فلا يمكن الاستدلال بها على استحباب الخمس. و الوجه فى ذلك أنه يدور الأمر فيها بين رفع اليد عن إطلاقها و حملها على لزوم بعث الخمس فى المقدار الزائد على المئونة، بقرينة مثل صحيحة على بن مهزيار الدالة على كون الخمس بعد مؤنة الرجل و عياله، و بين إبقاء الإطلاق على حاله، و حمل الأمر بالبعث على الاستحباب و المتعين هو التقييد كما هو المقرر فى بحث الإطلاق و التقييد.

و بهذا يظهر الحال فيما دل على وجوب الخمس فى الجائزة، و أنه بقرينة أن المال الواحد لا يخمس مرتين، يحمل على كونه بالإضافة إلى الزائد على المئونة.

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) باب (۴۸) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۳).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۱۷

و ان كانت الشبهة محصورة (۱)

---

(۱) قد ذكرنا أن العلم الإجمالى يكون فى الصورة الثانية منجزا للحرام الواقعى (تارة) و غير منجز له (أخرى) و الجائزة فيها مع عدم منجزيته محكومة لقاعدة اليد، بأنها كانت ملك الجائر، و قد انتقلت الى الآخذ، بخلاف ما إذا كان العلم الإجمالى منجزا، كما إذا أراد

أخذ شیء من تلک الأموال مقاصة، أو أذن الجائر فی أخذ شیء منها بنحو التخییر، فإنه لا یجوز مع ذلک العلم الإجمالی.

قال فی الشرائع: (جوائز السلطان الجائر إن علمت حراما بعینها فهی حرام و ذکر فی المسالک فی شرح العبارة: (ان التقیید بالعین إشارة إلی جواز أخذها، و إن علم أن فی أمواله مظالم، کما هو مقتضی حال الظالم، و لا یکون حکمه حکم المال المختلط بالحرام فی وجوب اجتناب الجمیع، للنص علی ذلک) فیقع الکلام فی مراده من النص، فإن أراد الروایات الدالة علی الترخیص و البراءة فی الشبهات نظیر قوله (ع): (کل شیء حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه) فقد ذکر المصنف (ره) أن المقرر فی محله حکومة قاعدة الاحتیاط علیها.

و فیه ما لا یخفی، فان دلیل البراءة بشموله لمورد یکون واردا علی قاعدة الاحتیاط دون العکس، فان الموضوع فی قاعدة الاحتیاط احتمال العقاب، و مع ثبوت الترخیص فی ارتکاب مشتبه لا یکون احتمال عقاب أصلا. و الصحیح عدم جریان الروایات الدالة علی الترخیص فی موارد العلم الإجمالی بالتکلیف، لاستقلال العقل بکفایة العلم الإجمالی فی وصول ذلک التکلیف، و لا یمکن الترخیص القطعی فی مخالفة التکلیف الواصل، فتکون تلک الروایات مقیدة عقلا، و علی من جوز أخذ الجائزة فی صورة العلم الإجمالی المنجز الالتزام بأن الشبهة المحصورة کالشبهة البدویة فی عدم تنجز التکلیف أصلا، کما علیه شرذمة من متأخری المتأخرین، إلا ان لا یکون کلامه ناظرا إلی صورة العلم الإجمالی المنجز، و شیء من هذین لا یناسب تفسیر المسالک، فان ظاهره أن لجائزة السلطان خصوصیة مستفادة من النص، و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۸

....

باعتبارها تفترق عن سائر موارد العلم الإجمالی بالحرام. و لا یجری فیها وجوب الاحتیاط الثابت فی المال المختلط.

و إن أراد من النص صحیحة أبی ولاد، فقد ذکر المصنف (ره) فیها ثلاثة احتمالات، و لیس علیها خصوصیة لجوائز السلطان، قال أبو ولاد: «قلت لأبی عبد اللّه (ع)، ما تری فی رجل یلی أعمال السلطان، و لیس له مکسب إلا من أعمالهم و انا أمر به و انزل علیه، فیضیفنی و یحسن الی و ربما أمر لی بالدراهم و الکسوة، و قد ضاق صدری من ذلک؟ فقال: خذ منها فلک المهنأ و علیه الوزر» «۱»

و الاحتمالات (أولها) کون الواصل الی الشخص من العامل مالا مشتبها بالشبهة البدویة، فإن العامل المفروض باعتبار حرمة عمله، یکون کسبه محرما، و حلیة طعامه أو هدیته للغیر، باعتبار احتمال کونهما من أمواله الشخصیة. بالاقتراض أو الشراء فی الذمة، لا من أجرة عمله.

و (ثانیها)- ان یعلم الآخذ بکون المأخوذ من أجرة عمل العامل. و بما أن الأجرة تکون من الخراج أو المقاسمة المباحة للشیعة، فیجوز للأخذ تملکها و التصرف فیها، فله المهنأ، بخلاف العامل، فإنه لا یحل له، فیکون علیه وزرها، إذ لو فرض أن المال من غیر الخراج و المقاسمة، یکون محرما علی الآخذ ایضا، باعتبار کونه إما ملکا شخصیا للسلطان و قد أعطاه للعامل اجرة علی عمله الحرام، أو ملکا لسائر الناس وقع بید العامل جورا، فلا یکون الإطعام به أو هدیته من المالک الشرعی، حتی یحل للأخذ.

و (ثالثها) کون الواصل من الأموال الموجودة عند العامل المعلوم إجمالا حرمة بعضها، و حلیة المأخوذ باعتبار أصالة الصحة الجاریة فی إطعام العامل

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۵۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۹

....

و إحسانه، و لا تعارض بأصالة الصحة فی سائر الأموال التی عنده، لأن أصالة الصحة فیها لا تکون ذات أثر بالإضافة إلی السائل.

(أقول) قد مر أنه لا مجری لأصالة الصحة فی أمثال المقام من موارد الشک فی السلطنة علی التصرف، فإن العمدة فی وجه اعتبارها هی السیرة التی لم یحرز جریانها فی موارد الشک فی سلطنة الفاعل. نعم لا بأس بالأخذ بقاعدة الید بالإضافة إلی المأخوذ من مثل العامل المفروض، و لا تعارض بالید علی سائر الأموال التی عنده علی ما مر، کما یمکن أن یکون وجه حل المأخوذ للسائل کونه من المال المجهول مالکه، و قد أجاز علیه السلام تصرف السائل فیه بالتملک أو غیره صدقة عن مالکه، فیکون المال وزرا علی العامل لجوره فی أخذه، و مهنا للأخذ کما لا یخفی.

و مما ذکرناه یظهر الحال فی روایة أبی المغراء أو غیرها قال: «أمر بالعامل فیجیزنی بالدراهم آخذها؟ قال: نعم، و قلت أحج بها؟ قال: و حج بها» «۱» فان المفروض کون المأخوذ مجری لقاعدة الید، و مقتضاها جواز تملک ذلک المال و صحة التصرفات الجاریة علیه.

(لا یقال): لا بد من حمل الجواز فی هذه الاخبار علی الحلیة الواقعیة. و (بعبارة أخری) تکون مثل صحیحة زرارة و محمد بن مسلم جمیعا عن ابی جعفر علیه السلام، قال: «جوائز السلطان لا بأس بها» «۲» خاصة یرفع بها الید عن عموم ما دل علی حرمة أکل مال الغیر بلا رضاه، و یکون المورد نظیر ما ورد فی لقطة الحیوان: من جواز تملکها مطلقا، و فی لقطة غیره، من جواز تملکها بعد تعریف سنة، و ما ورد فی جواز أکل المار من الثمار من طریقه، حتی مع إحراز عدم رضا صاحبه.

---

(۱) الوسائل باب: (۵۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۲).

(۲) الوسائل باب: (۵۲) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۵).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۲۰

....

(فإنه یقال) المراد بالحلیة فی الروایات المشار إلیها هی الظاهریة، بشهادة مثل صحیحة ابی عبیدة الحذاء، قال علیه السلام فیها فی جواب السؤال عن الشراء من السلطان: «و ما الإبل إلا مثل الحنطة و الشعیر و غیر ذلک لا بأس به حتی تعرف الحرام بعینه» «۱» فإنها شاملة للجائزة. و عدم البأس فیها مقید بعدم عرفان الحرام، نظیر سائر الخطابات المتضمنة للاحکام الظاهریة. و یلزم علی القائل بالحلیة الواقعیة الالتزام بها حتی فی صورة العلم تفصیلا بحرمة الجائزة، أخذا بإطلاق نفی البأس عن الجائزة.

و ربما یظهر الالتزام بذلک من المحقق الإیروانی، و لکن مع عدم عرفان مالکه، نعم یمکن دعوی الحلیة الواقعیة فی موردین: (أحدهما) ما إذا أخذ الربا مع جهله بحرمته، بلا فرق بین کون ذلک الربا مخلوطا بغیره أو متمیزا و (ثانیهما) إذا وصل مال الی ید الوارث، مع علمه بأن فیه ربا، فان جمیع المال یکون حلالا للوارث، مع اختلاطه، و فی صحیحة أبی المغراء عن أبی عبد اللّه علیه السلام، قال:

«کل ربا أکله الناس بجهالة، ثم تابوا، فإنه یقبل منهم إذا عرف منهم التوبة، و قال: لو أن رجلا ورث من أبیه مالا، و قد عرف أن فی ذلک المال ربا، و لکن اختلط فی التجارة بغیر حلال کان حلالا طیبا، فلیأکله، و إن عرف منه شیئا أنه ربا فلیأخذ رأس ماله، و لیرد الربا و أیما رجل أفاد مالا کثیرا قد أکثر فیه الربا، فجهل ذلک ثم عرفه، فأراد أن ینزعه فما مضی له، و یدعه فیما یستأنف» «۲».

و مثلها صحیحة الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: «أتی رجل أبا عبد اللّه علیه السلام، فقال انی ورثت مالا، و قد علمت أن صاحبه الذی ورثته منه قد کان

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) باب: (۵۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

(۲) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب الربا- الحديث: (۲- ۳).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۲۱

و أوضح ما فى الباب (۱)

[الثالثة أن يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه]

فلا إشكال فى حرمته حينئذ على الآخذ (۲)

يربى، و قد عرف ان فيه ربا، و استيقن ذلك، و ليس يطيب لى حلاله لحال علمى فيه، و قد سألت فقهاء العراق و أهل الحجاز، فقالوا لا يحل اكله؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعلم بان فيه مالا معروفا ربا، و تعرف اهله فخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك، و إن كان مختلطا فكله هنيئا، فإن المال مالك و اجتنب ما كان يصنع صاحبه.» «۱»

و قريب منها غيرها، و لكن الحكم فى الوارث خلاف المشهور، بل لم يحضرنى الآن قول به من الأصحاب، غير ما ربما يستظهر من كلام ابن الجنيد، حيث قال فى جملة كلام له: (أو ورث مالا يعلم ان صاحبه يربى، و لا يعلم الربا بعينه فيعزله، جاز له اكله و التصرف فيه إذا لم يعلم فيه الربا) فتأمل و كيف كان فلا يجرى ذلك فى سائر المال المختلط بالحرام.

و بهذا يظهر أن ما عن السيد اليزدى (ره)- من استشهاده على عدم وجوب الاجتناب عن المال المختلط بالحرام بهذه الروايات- لا يمكن المساعدة عليه.

(۱) أى أن الأوضح- من جهة الدلالة على أن جوائز السلطان ليست بخارجة عن قاعدة الشبهة المحصورة لأجل النص- عبارة السرائر، حيث قال: (إذا كان يعلم أن فيه شيئا مغصوبا، إلا أنه غير متميز العين، بل هو مخلوط فى غيره من أمواله أو غلاته التى يأخذها على جهة الخراج، فلا بأس بشرائه منه، و قبول صلته، لأنها صارت بمنزلة المستهلك، لانه غير قادر على ردها بعينها) انتهى.

و وجه كونها أوضح عدم استناد ابن إدريس فى تجويز الجائزة إلى النص، بل اعتمد فيه على قاعدة الاستهلاك و عدم إمكان رد المال بعينه.

(۲) اى أنه لا إشكال فى أن وقوع المال بيد الجائر لا يكون موجبا لحله على الآخذ و يقع الكلام فى فروض.

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵) من أبواب الربا- الحديث: (۳)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۲۲

....

(الأول)- ما إذا علم بحرمة المال قبل أخذه و ذكر المصنف (ره) عدم جواز الأخذ فى ذلك بغير نية الرد الى المالك، بلا فرق بين أخذه اختيارا أو تقية. و الوجه فى عدم الجواز أن الأخذ بغير تلك النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به، كما أن الشارع لم يأذن فيه، بل قد منع عن التصرف فى مال الغير، و رفع الاضطرار أو مشروعية التقية لا- يوجب جواز ارتكاب محرم لم يطرأ الاضطرار على خصوصه، بل على الجامع بينه و بين ما هو محلل، كما إذا اضطر الى شرب أحد ماءين لرفع عطشه المهلك أحدهما طاهر و الآخر متنجس، فإنه لا يجوز له شرب المتنجس بعنوان الاضطرار اليه، حيث إنه لم يطرأ على شربه، و لذا يجب على المصلى مع المخالفين تقية السجود على الأرض مع تمكنه عليه، بلا محذور، كما إذا كان المكان مفروشا بما يصح السجود عليه.

و ذکر المحقق الإیروانی (ره) عدم جواز الأخذ حتی بنیة الرد الی المالک، فیما إذا أحرز عدم رضاه بأخذه مطلقا، بل لا یجوز مع الشک فی رضا المالک بأخذه بنیة الرد الیه، حیث أنه یحرز بالاستصحاب عدم رضاه بالأخذ، و لا یکون وضع الید علی المال بنیة الرد الی المالک مع عدم رضاه، إحسانا إلیه لیقال بحکومة قوله سبحانه مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ «۱» علی أدلة عدم حل التصرف فی مال الغیر بلا رضاه، و لذا لو باع الأجنبی مال أحد بثمن أغلی مما یرید المالک بیعه به، لا یحکم بصحته أخذا بقوله مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ و کذا لو أراد تزویج بنته من أحد، و زوجها الأجنبی من آخر، مع کون تزویجها منه أصلح بمراتب، فإنه نکاح فضولی.

(أقول) لو أحرز رضا المالک بالبیع المزبور أو رضا الأب بذلک النکاح حکم ایضا بکونهما من العقد فضولا، فیحتاج فی نفوذه إلی الإجازة، و ذلک فان قوله سبحانه- مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ- لا یصحح استناد البیع الی المالک أو استناد

---

(۱) سورة التوبة (۱۰) الایة: (۹۱)

....

النکاح إلی الزوجة أو ولیها لتعمها أدلة الإمضاء.

و عن السید الخوئی طال بقاه التفرقة بین صورة إحراز عدم رضا المالک بالأخذ و لو مع نیة الرد الیه، و بین الشک فی رضاه، و أنه لا یجوز الأخذ فی الأول و یجوز فی الثانی، بدعوی أنه مع إحراز عدم الرضا یکون مقتضی (الناس مسلطون علی أموالهم) عدم الجواز، حیث ان الأخذ معه معارضة لسلطنة المالک و عدوان علی ملکه، و لذا لا یجوز دق باب الغیر مع منعه عن دقة. و هذا بخلاف صورة عدم منعه، فإنه لا بأس به، و لا یکون فیه أی معارضة لسلطنة المالک و عدوان علی ماله.

(أقول): الصحیح ما یظهر من المصنف (ره) من جواز الأخذ بنیة الرد الی المالک حتی فی صورة إحراز عدم رضا المالک بالأخذ، فإن الأخذ مع تلک النیة إحسان إلی المالک، و إنقاذ لماله، فلا ینافی احترام المال، ا لا تری أنه لا یکون إنقاذ المال الغریق عدوانا علی مالکه، حتی فیما إذا لم یرض بإنقاذه من التلف، و لا یکون عدم رضاه به بداع غیر عقلائی مانعا عن صدق الإحسان علی أخذه، و التحفظ علیه من التلف، کذا الحال فی فرض دق باب الغیر فیما إذا کان ذلک لإنقاذ مالهم من الهلاک، و إخماد النار الواقعة علی بیتهم، و هکذا و هکذا.

و الحاصل أن ما دل علی حرمة مال الغیر و عدم جواز التصرف فیه بلا رضا مالکه منصرف عن مثل هذه التصرفات التی تکون انقاذا لمال الغیر، فیکون مثل قوله سبحانه مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ حاکما بلا معارض. و بهذا یظهر أن الجواز فی الفرض باعتبار إذن الشارع فی ذلک التصرف، و بما أن أخذ المال إحسان إلی المالک، فیکون فی ید الآخذ أمانة شرعیة یترتب علیه أحکامها الآتیة.

هذا کله فیما إذا علم بکون المال ملک الغیر قبل أخذه و أما إذا علم ذلک بعد أخذه بنیة التملک، فان کان هذا العلم بعد تلفه، فلا إشکال أیضا فی ضمانه، کالصورة التی أخذه بنیة التملک مع علمه بالحال، و إنما الفرق بینهما فی استحقاق العقاب علی

....

الأخذ فیها، بخلاف صورة علمه بالحال بعد تلفه، فإنه لا استحقاق مع الحلیة الظاهریة.

و أما إذا علم بالحال و قصد الرد الی المالک ثم تلف المال فی یده، فقد ذکر المصنف (ره) أن مقتضی حدوث الضمان عند الأخذ أن یکون المورد من موارد استصحاب الضمان، عکس ما ذکره فی المسالک من أن المستصحب هو عدم الضمان، بل الحکم بعدم

الضـمان مناف لما ذكره- فى مسألة تعاقب الأيدى على مال الغير- من عدم الفرق فى إيجاب اليد الضـمان بين وضعها على مال الغير، مع العلم بالحال أو مع الجهل، فان هذا الكلام كما ترى يقتضى كون اليد فى المقام، حين حدوثها موجبه للضمان، فيستصحب.

و ذكر السـيد اليزدى (ره) فى تعليقته على المقام: (أنه بعـد علمه بالحال و قصده رد المال الى مالكه، يرتفع عنوان العدوان عن اليد، و ينطبق عليها عنوان الإحسان المنافى للضـمان) ورد عليه الإيروانى و السـيد الخوئى بان طرو عنوان الأمانـة الشـرعية على اليد فيما بعد لا يوجب ارتفاع الضـمان كما إذا تاب الغاصب و ندم عن عدوانه، و أراد رد المال الى مالكه، فتلف فى طريق رده، فان المشهور أن عليه ضمـان المـال. و كـذا فيمـا إذا وضع اليـد على مـال بقصـد تملكه، جهلاـ بالحـال. و أخـذا بالحكم الظاهرى، كما إذا اشترى متاعا، ثم انكشف كونه غصبا و أراد إرجاعه إلى مالكه فتلف، فان وضع يده على المال لكونه تصرفا فى مال الغير بلا رضاه حرام واقعا، و ارادة رده بعـد كشف الحـال لاـ تزيـد على ارادة الرد فى الغاصب النادم، كما هو المقرر فى بحث تعاقب الأيـدى على مال الغير. و السـر فى ذلك أن الأمانة الشـرعية لا تثبت على المكلف الضـمان، و (بعبارة أخرى) تلك الامانة لا تقتضى الضمان، فلا ينافى ثبوته بوجه آخر، و الوجه الآخر كون اليـد حين حدوثها على المال موجبة للضـمان. و هذا الضـمان يبقى الى رد المال الى مالكه، كما هو ظاهر حديث (على اليد) نعم لو أخبر المالك بان عنده ماله، فاذن المالك فى الإمساك به يكون هذا ردا للمال الى مالكه أى تخلية بينه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۲۵

....

و بين المال، فيرتفع الضمان.

(أقول) الظاهر الفرق بين المثالين و بين المقام، و أنه لا بد من الالتزام بارتفاع الضمان فى المقام دونهما، فان وضع اليد فيهما على مال الغير حرام بحسب الواقع فعلاـ أو ملاكـا، كمـا هو المقرر فى مسألـة التوسـط فى الأـرض المغصوبـة و النـدم بعـده، فإنه بالنـدم و ارادة الخروج، لا يكون التوسط فيها بالخروج حلالا، بل هو حرام ملاكا و لو بحسب الواقع، بخلاف المقام فإن أخذ المال من الجائر بقصـد الرد الى مالكه باعتبار كونه انقاذا لـذلك المال حلال واقعا، فان كان قصـد الرد من الأول يكون المال فى يـد الآخـذ أمانة شـرعية من الأول، و لا ضمان فيها لقوله سبحانه مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و إن كان قصد الرد بعد العلم بالحال كان الإمساك بذلك المال الى رده الى مـالكه حلالاـ واقعـا، من حين القصـد كما تكون يـده عليه أمانـة شـرعية و بما أن عموم على اليـد مخصـص فى موارد الأمانة المالكيـة أو الشـرعية، سواء كان المال امانة من الأول أو فى الأثناء، فلا مجال للأخذ به، و لذا لا أظن أن يلتزم أحد بالضـمان، فيما إذا أعلن المالك بأن من كان ماله بيـده فليمسك به الى رده اليه، و إذا كان هـذا حال إذن المالك كان اذن الشارع واقعا كذلك. و قوله سبحانه مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ينفى الضمان لا أنه لا يثبته حتى لا يكون منافيا لإثبات الضمان باليد حين حدوثها.

و ممـا ذكرنـا ظهر الفرق بين المقام و بين ما وضع يـده على مال الغير عـدوانا، ثم خرج من يـده بعـدوان شـخص آخر، و تلف فى يد ذلك الآخر، فان للمالك الرجوع الى كل منهما، و وجه الظهور أن اليـد الحادثة توجب الضـمان، و خروج المال عن يده بعد ذلك لا يمنع الضـمان، بخلاف المقام، حيث ان طرو الامانـة على اليـد يقتضـى عـدم ضـمانه، كما لا يخفى ايضا الفرق بين المقام و بين فرض اشتراء المتاع، ثم ظهور كونه غصبا فى مسألـة تعاقب الأيدى، حيث أنه لم يفرض فيها كون أخذ ذلك المال من البائع الفضولى انقاذا لذلك المال عن التلف، و لذا يكون أخذه أو إمساكه محرما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۲۶

و على أى حال فيجب على المجاز رد الجائزة (۱)

واقعا، و كانت الحلية ظاهرية، بخلاف المقام، فإن إمساكه مع قصد الرد حلال واقعا، كما مر.

ثم إنه على تقدير تسليم عموم على اليد للمقام و معارضته بقوله سبحانه مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ تصل النوبة بعد سقوط الإطلاق من الجانبين إلى أصالة البراءة عن الضمان، لعدم المجال للاستصحاب فی الشبهات الحكمية. هذا مع الإغماض عن أن حديث على اليد ضعيف سندا، فلا يصلح للاعتماد عليه، و العمدة فی ضمان التلف فی اليد، هی السيرة العقلائية التی لم تحرز ثبوتها فی مثل المقام.

(۱) ذكر (ره) الأحكام المترتبة على المأخوذ فی الصورة الثالثة، منها وجوب رده الى مالكه فورا، و ذلک فان المقدار الزائد على المتعارف فی الإمساک تصرف لم يعلم رضا مالكه به، و الشارع قد أذن فی إمساكه بعنوان الإحسان إلى مالكه بإنقاذه كما تقدم. و الزائد على المتعارف لا يكون إحسانا اليه و لا دخيلا فی إنقاذ ماله.

و (منها)- أن الواجب فی الرد وجوب الإقباض، و يحتمل كفاية التخلية بين المال و مالكه.

(أقول) اللازم فی موارد الأمانة هی التخلية بين المال و مالكه، و لو بإعلامه بكون المال عنده، و انه لا مانع من قبله فی أخذه. و أما إيصال المال الى مالكه بحمله اليه، فلا دليل عليه. و المحرم حبس المال عن مالكه و الحيلولة بينهما، و لا يكون قوله سبحانه إِنَّ اللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ، الآية «۱» و كذا الروايات الظاهرة فی هذه التخلية. نعم فی مورد الاستيلاء على الأموال المنقولة عدوانا يجب إيصالها إلى مالكها، فإن إمساكها و لو مع التخلية تصرف لا يرضى به صاحبها و لا الشارع، و كذا الحال فی موارد أخذ المال من مالكه لا للإحسان إليه، بل لمصلحة نفسه، كما فی موارد العارية أو العين المستأجرة، فإن إبقاء العين فيهما تصرف لا يرضى به صاحبه.

---

(۱) سورة النساء (۴) الاية. (۵۸۰)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۲۷

....

و المتحصل أن وجوب إيصال المال الى مالكه بالإقباض فی هذه الموارد باعتبار أن الإمساک بالمال يعد تصرفا فی مال الغير و منافيا لاحترامه. و هذا بخلاف الإمساک فی مثل الوديعة أو المجهول مالكه، فإن الإمساک بالمال فيهما مع التخلية لا يعد تصرفا منافيا لاحترام المال. و لا يبعد أن تكون السيرة العقلائية ايضا على هذا القرار فلاحظ.

و (منها)- لزوم الفحص عن مالک المال فی صورة احتمال الظفر به، فان لزومه باعتبار كون الفحص مقدمة للرد الواجب فی مثل قوله سبحانه إِنَّ اللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا مع ورود الأمر بالفحص فی بعض روايات الدين، و العين المجهول مالكها، بحيث يظهر منها أن لزومه حكم المال المجهول مالكه، كمعتبرة يونس ابن عبد الرحمن، قال: «سأل أبو الحسن الرضا (ع) و أنا حاضر- الى ان قال- رفيق كان بمكة فرحل منها إلى منزله، و رحلنا الى منزلنا، فلما أن سرنا فی الطريق أصبنا بعض متاعه معنا، فأی شیء نصنع به؟ قال: تحملونه إلى الكوفة، قال لسنا نعرفه و لا نعرف بلده و لا نعرف كيف نصنع؟ قال: إذا كان كذا فبعه و تصدق بثمنه، قال: على من جعلت فداک؟ قال: على أهل الولاية» «۱» فإن مقتضى مفهوم الشرطية فی قوله: (إذا كان كذا) عدم جواز التصدق بالمال مع احتمال الظفر بمالكه و لو بالفحص.

و قريب منها صحيحة معاوية بن وهب عن ابی عبد اللّه (ع) «فی رجل كان له على رجل حق، فقده و لا يدری أين يطلبه، و لا يدری أ حی أو ميت، و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا، قال: اطلب، قال: إن ذلک قد طال فأتصدق به؟ قال: اطلبه» «۲» فان دعوى أن المستفاد منهما و من غيرهما حكم المال المجهول مالكه بحيث يعم الجائزة المأخوذة من الجائر قريبة جدا. و على ذلک فلا مجال لما ذكره المصنف (ره) من

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب (۷) من أبواب اللقطة- الحدیث (۲)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب (۶) من أبواب میراث الخنثی- الحدیث (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۸

....

أنه یحتمل غیر بعید عدم وجوب الفحص عن مالک المال المأخوذ من الجائر، بأن یجوز التصدق به، أخذا بإطلاق بعض الاخبار الواردة فی التصدق مع عدم معرفة صاحبه، کروایة أبی حمزة عن ابی عبد اللّه (ع)، و فیها: «فاخرج من جمیع ما کسبت فی دیوانهم، فمن عرفت رددت علیه ماله، و من لم تعرف تصدقت به» «۱».

(أقول): قد ذکرنا ظهور الروایات فی لزوم الفحص، و علیه فلا بد من رفع الید عن إطلاق مثل هذه بحملها علی صورة عدم الظفر علی مالک المال بعد الفحص مع أن هذه لضعف سندها غیر صالحة للاعتماد علیها.

و ذکر السید الخوئی طال بقاه أن روایة علی بن أبی حمزة یعارضها قوله سبحانه:

إِنَّ اللّٰهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا و المعارضة بالعموم من وجه، لشمول الآیة للأمانات المالکیة و الشرعیة، و لکنها مختصة بصورة التمکن علی الرد الی المالک، کما هو مقتضی الأمر بالرد الیه، و روایة أبی حمزة مختصة بالأمانات الشرعیة، و لکنها مطلقة من جهة التمکن من الرد الی المالک و عدمه، فان مدلولها وجوب التصدق بالمال، سواء کان متمکنا من رده الی صاحبه بالفحص أم لا، ففی صورة التمکن من الرد بالفحص عنه تقع المعارضة بینهما، و بعد تساقطهما یرجع الی ما دل علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر بلا رضاه، و أن حرمة ماله کحرمة دمه.

و فیه أنه لا تجتمع الآیة و روایة أبی حمزة بحسب المورد أصلا، حتی یقال بتساقط إطلاقی وجوب أداء المال الی مالکه، و وجوب التصدق به و لو مع احتمال التمکن من الرد الیه بالفحص، حیث أن المال- المحکوم علیه فی الروایة بوجوب التصدق به مع عدم عرفان مالکه- لا یکون من قسم الأمانات لا المالکیة و لا الشرعیة لتعمه الآیة، فالصحیح فی الجواب ما تقدم.

و (منها)- أنه لو ادعی المال شخص، ففی سماع دعواه سواء کانت مع توصیفه

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) الباب: (۴۷) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۹

....

المال أولا، حیث أنه تقبل دعوی المالکیة فیما إذا کانت بلا معارض، أو مع توصیفه المال، تنزیلا للمقام باللقطة، أو یعتبر إحراز المالکیة بطریق معتبر کالبینة أو الاطمئنان؟

وجوه الأظهر هو الأخیر، کما هو مقتضی قوله سبحانه إِنَّ اللّٰهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا و قوله (ع) فی موثقة أبی بصیر: «حرمة مال المؤمن کحرمة دمه» «۱» فان مقتضاها ایضا لزوم رد المال الی مالکه، و لا دلیل علی أن مجرد دعوی المالکیة طریق شرعی إلی إحراز المالک، حتی مع توصیف المال، و حتی فی باب اللقطة. و أصالة الصحة فی دعواه لا تثبت أن المال ملکه، بل مدلولها عدم نسبة الکذب الیه بتلک الدعوی، کما هو مقتضی حمل فعل المسلم علی الصحیح، بمعنی عدم صدور الحرام منه. نعم إذا لم یکن الشخص واضعا یده علی المال حتی یجب علیه رده الی مالکه، فلا یبعد أن یجوز له المعاملة مع مدعیه معاملة المالک، و فی روایة

منصور بن حازم عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «قلت عشرة كانوا جلوسا فى وسطهم كيس فيه الف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقال كلهم: لا، و قال واحد منهم هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه» «۲» و ظاهرها سماع دعوى الملكية، و لكنها ضعيفة سندا، فان محمد بن الوليد الواقع فى سندها هو الخراز المعتبر أو الصيرفى الضعيف، كل محتمل، إلا أنها تصلح لتأييد ما ذكرنا، لان سماع الدعوى فى الفرض مقتضى السيرة العقلائية كما لا يخفى.

ثم إنه إذا لم يكن الشخص مستوليا على مال الغير كما فى الحيوان إذا دخل داره أو الثوب جاءت به العاصفة، فلا يبعد القول بعدم لزوم الفحص عن مالكه، بل يجب الرد إليه إذا عرفه و لو بعد حين، كما يشهد لذلك ذيل صحيحة أبى نصر، قال:

«سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيرة، و

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب: (۱۵۲) من أبواب أحكام لعشرة- الحديث: (۱۲)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۸) الباب (۱۷) من أبواب كيفية الحكم- الحديث (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۳۰

....

هو مستوى الجناحين، و هو يعرف صاحبه ا يحل له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، و إن لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له، و إن جائك طالب لا تتهمه رده عليه» «۱» و ظاهر عدم اتهامه الوثوق بقوله، و لكن فى دلالتها على ما ذكرنا تأمل كما لا يخفى.

و (منها) أنه لو احتاج الفحص عن المالك الى بذل المال، فهل يجب الفحص و البذل على الآخذ أم لا؟ لا ينبغى التأمل فى وجوب الفحص على الآخذ، سواء كان الفحص موقوفا على صرف المال أو عدمه، و يقتضيه إطلاق الأمر بالطلب فى مثل صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة، و إطلاق وجوب الرد فى الآية المباركة، و صرف المال من كيس المالك المجهول بالاستدانة عليه أو بيع بعض المال، و يكون المتصدى للبيع و الاستدانة الحاكم الشرعى أو وكيله و لكن لا دليل على شيء من ذلك فى موارد كون الأخذ بعنوان العدوان أو للجهل، بحيث لا يكون الآخذ معه محسنا إلى المالك. و حديث نفى الضرر لا ينفى وجوب الرد فى تلك الموارد، لان صرف المال من كيس المالك أو عدم وجوب الرد الى المالك ضرر على المالك. و يختص جريان نفى الضرر بموارد كون النفى للامتنان.

نعم لو كان الأخذ إحسانا إلى المالك كما فى موارد إنقاذ المال من التلف، يكون مقتضى آية نفى السبيل عدم وجوب صرف المال من كيس الآخذ، فتعين الاستدانة أو بيع بعض المال، و يباشر بذلك الحاكم أو وكيله من باب الحسبة، و بهذا يظهر الحال فى اللقطة أيضا، فإن أخذها فى موضع التلف يوجب كونه محسنا، فلا يجب عليه تحمل مؤنة إيصالها إلى مالكها أو أجرة تعريفها، بخلاف ما التقطها فى موضع يؤمن عليها من التلف كما لا يخفى.

و (منها) أن الفحص عن المالك فى المقام لا يقيد بالسنة، بل الجارى عليه حكم مطلق المال المجهول مالكه و هو وجوب الفحص، حتى يحصل الاطمئنان بعدم

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۱۵) من أبواب اللقطة- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۳۱

....

إمكـان الظفر بالمالـك المعبر عنه فى بعض الكلمـات باليـأس. و ما دام لم يحصل هـذا اليأس، لا يجوز التصـرف فى المال بالتصـدق، سواء كان ذلك قبل تمام السنهٔ أو بعدها بخلاف اللقطهٔ، فإنه يجوز التصرف فيها بالتصدق أو بالتملک بعد تمام سنهٔ الفحص، و لو مع عدم اليأس عن الظفر بمالكها.

و بعبـارهٔ أخرى الاطمئنـان بعـدم الظفر بالمالـک طريق معتبر الى عـدم التمكن من رد المـال الى صـاحبه، فيسـقط معه وجوب رده اليه بطلبه. و لاـ دليـل على تنزيـل المقـام باللقطـهٔ. نعم ربمـا يـذكر على ذلک روايـهٔ حفص بن غياث عن ابى عبـد اللّه (ع) «عن رجل من المسـلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم و متاعا، و اللص مسـلم هل يرد عليه؟ فقال: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، و إلا كان فى يده بمنزلهٔ اللقطهٔ يصـيبها، فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه، و الا تصدق بها، فان جاء طالبها بعد ذلک خيره بين الأجر و العزم.» «۱»

و لكنها باعتبار الخدشهٔ فى سندها غير صالحهٔ للاعتماد عليها، و لعله لذلک ألحقا فى النهايهٔ و التحرير الوديعهٔ بمطلق المجهول مالكه، خلافا لما عن المصنف و غيره من التعدى من اللص الى مطلق الغاصب و الظالم، و عدم التعدى من الوديعهٔ إلى غيرها.

نعم فى السـرائر فيما نحن فيه يعنى فى جوائز السـلطان روى أنها بمنزلـهٔ اللقطهٔ و لعل هذا مبنى على التعدى من مورد الروايهٔ، لا أن فى البين روايهٔ أخرى واردهٔ فى جوائز السلطان، و دالهٔ على أنها مع العلم بحرمتها بمنزلهٔ اللقطهٔ كما لا يخفى.

و (منها)- أن حكم المال فيما نحن فيه بعـد اليأس عن الظفر بمالكه قبل الفحص أو بعده هو التصدق به عن مالكه، كما فى سائر المال المجهول مالكه، و الحكم بالتصدق هو المشهور، و فى السرائر (أن الجائزهٔ مع العلم بحرمتها ترد إلى أربابها

---

(۱) وسائل الشيعهٔ: الجزء (۱۷) الباب: (۱۸) من أبواب اللقطهٔ- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۳۲

....

فـان لم يعرفهم و اجتهـد فى طلبهم فقـد روى أصـحابنا أنه يتصـدق بها) و ذكر المصـنف (ره) أن هـذه المرسـلهٔ يجبر ضـعف سـندها بالشـهرهٔ المحققـهٔ، و يؤيـد مضـمونها أن التصـدق أقرب طريق للإيصال إلى المالک. و لا يبعد دعوى كون التصدق بالمال عن مالكه مما يعلم رضا المالک به بشـهادهٔ الحال. و ما فى السـرائر- بعد نقل المرسـلهٔ من أن الأحوط حفظ المال و الوصيهٔ به- فهو إيقاع للمال فى معرض التلف.

(أقـول): من المحتمـل قريبـا أن يكـون قول ابن إدريس انه قـد روى أصـحابنا (إلـخ) من جهـهٔ اسـتفادته من روايـهٔ على بن أبى حمزهٔ المتقدمـهٔ، فلا مجال للقول بأنها روايـهٔ مرسـلهٔ مؤيدهٔ باخبار اللقطهٔ و بالخبر الوارد فى كسب المال فى ديوان بنى أميهٔ و غيره، بل لا بد من ملاحظهٔ تلک الاخبار و الإغماض عن دعوى وجود المرسلهٔ كما لا يخفى.

و من العمـدهٔ فى الباب معتبرهٔ يونس المتقدمهٔ المؤيدهٔ ببعض الاخبار الوارد فيها الأمر بالتصدق كروايهٔ على بن أبى حمزهٔ المتقدمهٔ، و بها يرفع اليـد عن إطلاق الأمر بالطلب فى صـحيحهٔ معاويـهٔ بن وهب الآمرهٔ بطلب المالک، بأن يحمل وجوب الطلب على صورهٔ عـدم اليأس عن المالک، فلا تنافى وجوب التصدق بعد ذلک.

و ذكر المصـنف (ره) تأييد الحكم بالأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين و قد ورد ذلک الأمر فى روايتين لعلى بن ميمون الصائغ، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عما يكنس من التراب فأبيعه فما اصـنع به؟ قال: تصدق به، فاما لک و اما لأهله، قلت: فان فيه ذهبا و فضـهٔ و حديـدا، فبـأى شـىء أبيعه؟ قـال بعه بطعام، قلت: فان كان لى قرابـهٔ محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم» «۱» و فى الأـخرى، قال: «سألته عن تراب الصواغين و أنا نبيعه قال: أ ما تستطيع ان تستحله من صاحبه؟ قال: قلت لا، إذا أخبرته اتهمنى، قال: بعه، قلت بأى شىء نبيعه، قال

بطعام، قلت: فأی شیء أصنع به؟

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۶) من أبواب الصرف- الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۳

....

قال تصدق به، أما لک و إما لأهله، قلت: ان کان ذا قرابة محتاجا أصله، قال:

نعم» «۱».

و لکنهما ضعیفتان سندا: و دلالة أما سندا، لعدم ثبوت وثاقة علی بن میمون الصائغ، نعم ذکر الکشی روایة فی مدحه، الا أن راویها نفس علی بن میمون، و لا یصح إثبات وثاقة شخص أو مدحه بروایة نفسه، و أما دلالة، فلان التصدق فی الروایتین استحبابی فکیف تصلحان للتأیید، و الوجه فی کونه استحبابیا ان المفروض فیها ملک للصائغ کلا أو بعضا، فلا یجب علیه التصدق بماله. و احتمال کون التصدق واجبا بالإضافة إلی حصة الآخرین فقط خروج عن ظاهرهما، فان ظاهرهما کون جمیع المال محکوما بالتصدق به.

ثم إن فی الروایة الثانیة شبهة اخری، و هی سقوط احترام مال الغیر و جواز التصدق به بمجرد کون إیصاله الیه أو الاستحلال منه مورد التهمة. و هذا لا یمکن الالتزام به. و بروایة ابی علی ابن راشد، قال: «سألت أبا الحسن (ع)، قلت:

جعلت فداک اشتریت أرضا إلی جنب ضیعتی بألفی درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا یجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فی ملکک، ادفعها الی من أوقفت علیه، قلت: لا اعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها» «۲» و المراد بالغلة أما ثمرة البستان أو أجرة الأرض. و أما الزرع فإنه لمالک البذر لا لمالک الأرض حتی یتصدق به عنه. و الروایة لا بأس بها من حیث السند، لأن أبا علی من الممدوحین علی ما ذکر الشیخ ره و محمد بن جعفر روی عنه علی بن إبراهیم فی تفسیره، و لا تقصر فی الدلالة علی لزوم التصدق بمجهول المالک عن معتبرة

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب: (۱۶) من أبواب الصرف- الحدیث (۲)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۳) الباب: (۶) من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۴

....

یونس المتقدمة. و فی مقابل ذلک کله ما یستظهر منه عدم وجوب التصدق بالمال المجهول مالکه، کصحیحة علی بن مهزیار، حیث ذکر فیها من الغنیمة التی یجب فیها الخمس مال یؤخذ و لا یعرف له صاحب «۱» و استظهر منه المحقق الهمدانی جواز تملک مجهول المالک و کونه ملکا لمن یقع بیده، و أصر علیه الإیروانی (ره).

و لکن الصحیح أن الروایة فی مقام بیان ما یجب فیه الخمس بعد فرض تملکه أو صیرورته ملکا، و انه مما یجب فیه الخمس هو المال المجهول مالکه، لا فی مقام بیان صیرورة المال ملکا لمن یقع بیده، و علی ذلک فیمکن أن یختص جواز تملک المال المجهول مالکه بمورد خاص، کاللقطة بعد تعریفها سنة، أو کون الآخذ فقیرا و نحو ذلک. و لذا لا یمکن الأخذ بالإطلاق فی سائر ما ذکر فیها، کقوله (ع): «و مثل عدو یصطلم، فیؤخذ ماله» حیث لا یجوز الحکم بجواز تملک مال العدو مطلقا، حتی فیما إذا کان مسلما، و موثقة هشام بن سالم، قال: «سأل حفص الأعور أبا عبد اللّه علیه السلام و أنا عنده جالس، قال: إنه کان لأبی أجیر کان یقوم فی رحاه. و له

عنـدنا دراهم، و لیس له وارث؟ قـال، أبو عبـد اللّه (ع): تـدفع الی المسـاکین، ثم قـال رأیـک فیهـا ثم أعاد علیه المسألـة، فقال له مثل ذلـک، فأعاد علیه المسألـة ثالثـة، فقال أبو عبـد اللّه (ع) تطلب وارثا، فان وجـدت وارثا و الا فهو کسبیل مالک» «۲» و ظاهر هـذه عدم وجوب التصـدق بالمـال المتعـذر الوصول الی مـالکه أو المجهول مـالکه، بـل یجوز إبقـاؤه الی ان یجیء له طالب. و لـذا جمع السـید الیزدی (ره) بینهما و بین ما تقدم بحمل الأمر بالتصدق علی الواجب التخییری.

و الحاصل أن المکلف بعد الفحص عن المالک و عدم الظفر به یکون مخیرا

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۶) الباب: (۸) من أبواب ما یجب فیه الخمس- الحدیث (۵)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۳) الباب: (۲۲) من أبواب الدین و القرض- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۳۵

....

بین التصدق بالمال و بین إبقائه و الوصیة بأن المال المزبور من المجهول مالکه.

و هذا مع احتماله الظفر به بعد ذلک- و لو باحتمال ضعیف- کما هو مقتضی الأمر بإبقاء المال لطالبه.

أقول لا یبعـد أن یکون المال المسـئول عن حکمه فیها من الکلی علی الذمـة، و الحکم فیه بالتصدق لا یکون لزومیا، بل یجوز ترکه و الوصـیة به، و لا یکون علی المکلف شیء مع عدم مجیء طالبه، غایة الأمر یتقید ذلک بما بعد الفحص و الطلب و الیأس، جمعا بینهما و بین مثل صحیحة معاویة بن وهب المتقدمة.

(لاـ یقال) قول السائل و له عنـدنا دراهم یحتمل الـدین و العین، فإنه فرق بین قول القائل له علینا دراهم و قوله له عنـدنا دراهم، فالأول یختص بالـدین و الثانی یعم العین و الـدین و المـذکور فی الروایـة هو الثانی (فإنه یقال): نعم و لکن هذه الروایة رواها الکلینی بطریق آخر، و ظاهرها اختصاص الواقعة بالدین.

و الحاصل أن ظاهر ما تقدم وجوب التصدق بالعین المجهول مالکها بعد الفحص و الیأس عن الظفر به، و لا تصلح هذه الصحیحة لرفع الید عنه، لعدم إحراز ظهورها فی غیر موارد الدین کما لا یخفی. و روایة نصر بن حبیب صاحب الخان، قال:

«کتبت الی عبـد صالـح (ع) لقـد وقعت عنـدی مأتا درهم و أربعـة دراهم، و انا صاحب فندق، و قد مات صاحبها و لم اعرف له ورثة، فرأیـک فی إعلامی حالهـا، و مـا اصنع بهـا فقـد ضـقت بهـا ذرعا، فکتب اعمل فیها و أخرجها صدقـة قلیلا قلیلا، حتی یخرج» «۱» و ظاهرهـا تجویز للتصـرف فی المـال المفروض فیها، و التصـدق بمقـداره قلیلا قلیلا من منافعه، و لکن الروایـة ضـعیفة سـندا، و لا أعلم الإفتاء بمضمونها من أحد، و لعل المال کان لمن لا وارث له و انتقل الی الامام (ع) بالإرث، فاذن لمن بیده فی التصرف فیه

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۷) الباب: (۶) من أبواب میراث الخنثی- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۳۶

....

بالنحو المزبور، و روایـة الهیثم بن ابی روح صاحب الخان، قال: «کتبت الی عبـد صالح إنی أتقبل الفنادق، فینزل عندی الرجل فیموت فجأة و لا أعرفه و لا اعرف بلاده و لا ورثته، فیبقی المال عنـدی کیف اصـنع به؟ و لمن ذلک المال؟ قال: اترکه علی حاله» «۱» و هذه أیضا ضـعیفة سـندا، و مع الإغماض عن سـندها فیقید إطلاق وجوب إبقاء المال بما لم یحصل الیأس عن صاحبه، و الا یتصدق به کما

هو مقتضی الجمع بین هذه و ما تقدم. و یظهر من بعض الاخبار أن المال المجهول مالکه ملک للإمام (ع) فیجری علیه ما یجری علی سائر ماله (ع). و فی روایهٔ داود بن ابی یزید عن ابی- عبد اللّه (ع) قال: «قال رجل: إنی قد أصبت مالا و انی قد خفت فیه علی نفسی، و لو أصبت صاحبه دفعته الیه و تخلصت منه؟ قال: فقال أبو عبد اللّه (ع): و اللّه لو أن أصبته کنت تدفعه الیه؟ قال: ای و اللّه، قال: فانا و اللّه ما له صاحب غیری، قال: فاستحلفه أن یدفعه الی من یأمره، قال: فحلف، فقال: اذهب فاقسمه بین إخوانک و لک الأمن مما خفت منه، فقال فقسمته بین إخوانی» «۲».

و ذکر المصنف (ره) أنه مع الإغماض عن الاخبار الواردهٔ فی حکم المال المجهول مالکه أو المتعذر الوصول الیه، یتعین علی من یقع المال بیده دفعه الی الحاکم، لان له علی المالک الغائب أو المجهول ولایهٔ، و إذا دفعه الیه ینظر الحاکم إلی شهادهٔ الحال، فلو أحرز رضاه بالتصدق أو الإمساک له فعل ذلک، و إذا لم یحرز رضاه بأحدهما جاز له کل منهما، کما هو الحال فی جمیع موارد دوران الفعل بین الوجوب و الحرمهٔ، و لا- یکون علیه ضمان، سواء أمسک المال أو تصدق به کما هو مقتضی تصرف الولی فی المال لمصلحهٔ المولی علیه، و لکن یختص التخییر فی

---

(۱) وسائل الشیعهٔ الجزء (۱۷) الباب: (۶) من أبواب میراث الخنثی- الحدیث: (۴)

(۲) الوسائل الشیعهٔ الجزء (۱۷) الباب: (۷) من أبواب اللقطهٔ- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۷

....

موارد دوران أمر الفعل بین الوجوب و الحرمهٔ بما إذا لم یکن فی البین أصل معین لأحد التکلیفین. و فی المقام أصالهٔ الفساد فی التصدق أو أصالهٔ عدم رضا المالک بغیر الإیصال إلیه، تعین وجوب الإمساک. و أما بملاحظهٔ تلک الاخبار فظاهرها عدم جواز الإمساک و وجوب التصدق، فیکون الإمساک تصرفا لا یعلم رضا صاحبه به و لا رضا الشارع.

ثم إنه بملاحظهٔ الأخبار یجب التصدق علی من یکون المال بیده، غایهٔ الأمر لا تعتبر المباشرهٔ فی التصدق، بل یجوز له إیکاله إلی الحاکم، لأنه أعرف بموارد التصدق، و له علی الفقراء ولایهٔ، بأن یأخذ ما یجب دفعه إلیهم من الصدقات الواجبهٔ و غیرها. و یحتمل أن لا- یجوز له التصدق، بل یجب دفع المال الی الحاکم أو الاستئذان منه، لان التصدق وظیفهٔ الحاکم، و منشأ ذلک أن المذکور فی الاخبار- و هو وجوب التصدق بالمال- هل هو من قبیل بیان وظیفهٔ من یکون المال بیده، أو أن الأمر بالتصدق فیها باعتبار کون أمره (ع) توکیلا- فی التصدق، أو تکون الأخبار ناظرهٔ إلی مصرف ذلک المال. و یؤید کونها لبیان المصرف، أن جملهٔ من الأفعال التی یکون القیام بها موقوفا علی اذن الحاکم، مذکورهٔ فی الاخبار بطریق الحکم العام، أی لم یذکر أنها مختصهٔ بما إذا کان باذن الحاکم، ککون إقامهٔ البینهٔ وظیفهٔ المدعی، و الحلف وظیفهٔ المنکر، و المقاصهٔ من الممتنع للحق جائز و غیر ذلک.

و الحاصل انه لم یتم ظهور الاخبار فی بیان وظیفهٔ من یکون المال، بیده، بل یحتمل کون الوارد فیها توکیلا من الامام (ع) أو بیانا لمصرف المال. و علیه فالأحوط الاقتصار علی المتیقن بالرجوع الی الحاکم الشرعی بالدفع الیه، أو الاستئذان منه، خصوصا بملاحظهٔ روایهٔ داود بن ابی یزید الدالهٔ علی ان المجهول مالکه ملک الإمام المحمولهٔ علی ولایته (ع). و یتأکد هذا الاحتیاط فیما کان المجهول مالکه من قبیل الکلی فی الذمهٔ، فإنه لا یتعین فی العین الخارجیهٔ، إلا بقبض المستحق أو وکیله أو ولیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۸

ثم إن مستحق هذه الصدقهٔ (۱)

(أقول) نظیر المقام ما ورد فی التصدق باللقطة، و لو صح حمل الاخبار فی المقام علی التوکیل أو بیان المصرف لجری ذلک فی اخبار اللقطة أیضا، مع أنه لاـ أظن أن یلتزم بذلک المصنف (ره) أو غیره. و أما روایة داود بن ابی یزید الظاهرة فی کون مجهول المالک ملک الامام (ع)، فلضعف سندها لا یمکن الاعتماد علیها أو حملها علی الولایة.

و الحاصل أنه مع ظهور الاخبار فی أن وظیفة من بیده المال، التصدق به لیست للحاکم ولایة بالإضافة الی ذلک المال، فإن ولایة الحاکم علی الغائب مستفادة من الحسبة، و مع ولایة غیره- علی الإمساک بذلک المال و التحفظ به ما دام یحتمل الظفر بمالکه و بالتصدق بعده- لا مجال لإثبات الولایة له و مجرد کونه اعرف لا یصلح لإثبات الولایة، و الا لزم ولایة الأعرف علی الفقراء و ان لم یکن حاکما.

(۱) و حاصله أنه یعتبر فی مستحق هذه الصدقة أیضا الفقر، لأن الأمر بالتصدق بمال ظاهره الأمر بإعطائه للفقیر (أقول): یمکن ایضا استظهار اعتباره من قوله سبحانه إِنَّمَا الصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ بدعوی عدم انصرافها إلی الزکاة الواجبة فتأمل.

و ذکر (ره) فی وجه جواز إعطائه للهاشمی أن التصدق بالمال المجهول مالکه صدقة مندوبة من مالکه، و من یکون المال بیده، نظیر الوکیل و الوصی مباشر لتلک الصدقة المندوبة، فلا بأس بتملیکه للهاشمی.

و فی وجه عدم جواز إعطائه له أنه فرق بین المباشر فی المقام و الوکیل و الوصی، حیث أن الوکیل و الوصی یقومان بالعمل بأمر الموکل و الموصی، فیستند عملها إلیهما، بخلاف المقام فان قیام من بیده المال بالتصدق بحکم الشارع، فلا ینتسب هذا التصدق الی مالک المال، بل لا یحرز وقوعه عنه، فإنه ربما لا یرضی به بعد ظهوره، فیقع التصدق عن المباشر.

و فیه أن الممنوع إعطائه للهاشمی هی الزکاة المفروضة علی الناس فقط،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۳۹

ثم إن فی الضمان لو ظهر المالک و لم یرض بالتصدق (۱)

و لا یکون منها الصدقة الواجبة فی المقام، سواء قلنا بانتسابها الی مالک المال أو الی من بیده المال. و فی معتبرة إسماعیل بن الفضل الهاشمی، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الصدقة التی حرمت علی بنی هاشم ما هی؟ فقال: هی الزکاة، قلت فتحل صدقة بعضهم علی بعض؟ قال: نعم» «۱» و فی صحیحة جعفر بن إبراهیم الهاشمی عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «قلت له: أ تحل الصدقة لبنی هاشم؟ فقال: إنما الصدقة الواجبة علی الناس لا تحل لنا، و أما غیر ذلک فلیس به بأس» «۲» فإن تقیید الواجبة بالظرف أی علی الناس، ظاهره الإشارة إلی الواجبة فی مثل قوله عز من قائل أَقِیمُوا الصَّلاةَ وَ آتُوا الزَّکاةَ.*

ثم إنه یعتبر فی استحقاق هذه الصدقة ایضا الایمان، کما هو ظاهر صحیحة یونس المتقدمة.

(۱) لو ظهر المالک و أظهر عدم رضاه بالتصدق، ففی ضمان المال وجوه:

(الأول) الضمان مطلقا (الثانی) عدمه مطلقا (الثالث) عدم الضمان فیما لم یترتب علی المال ید ضمان من الأول، کما إذا أخذ المتصدق المال من الجائر بعنوان إنقاذه و إیصاله إلی مالکه المعبر عن ذلک بالأخذ حسبة، و الضمان فی غیره، و وجه عدم الضمان مطلقا استصحاب براءة عهدة المتصدق، حیث لم یکن له ضمان قبل ظهور المالک و عدم رضاه بالتصدق.

و ذکر (ره) فی الإیراد علی ذلک (أولا) أن استصحاب البراءة یختص بما إذا لم یسبق ید ضمان الی المال، و الا فیستصحب الضمان لا عدمه و (ثانیا) ان الأوجه الضمان مطلقا، لاستصحاب الضمان فیما إذا کان حاصلا قبل التصدق، و یقدم هذا الاستصحاب علی أصالة البراءة عن الضمان فی سائر الموارد، باعتبار عدم القول

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۶) الباب: (۳۲) من أبواب المستحقین للزکاة:

- الحدیث (۵)

(۲) وسائل الشیعهٔ الجزء (۶) الباب: (۳۱) من أبواب المستحقین للزکاهٔ:

- الحدیث (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۰

....

بالفصل بین الموارد فی الضمان، و کان جمیع موارد التصدق بالمال المجهول مالکه کالمورد الواحد الذی یجری فیه استصحاب الضمان.

(أقول): غایهٔ الأمر أن یکون فی البین إجماع علی عدم الفصل بین موارد التصدق بالمال المجهول مالکه بحسب حکمها الواقعی من الضمان و عدمه. و أما الحکم الظاهری، فیلاحظ تحقق الموضوع لأی أصل فی کل مورد من موارد الشک، من استصحاب البراءهٔ أو استصحاب الضمان أو غیرهما من الأصول هذا (أولا).

و (ثانیا) یمکن العکس بان یحکم بعدم الضمان فی جمیع الموارد إلحاقا لموارد استصحاب الضمان بموارد استصحاب عدم ثبوت المال علی العهدهٔ بعدم القول بالفصل.

و (ثالثا) ان المراد بالضمان فی المقام- ثبوت المال فی العهدهٔ بإظهار المالک عدم رضاه بالتصدق علی قرار الضمان فی اللقطهٔ، و لیس لهذا الضمان حالهٔ سابقهٔ، فالضمان السابق قد انقطع بالتصدق، و حدوث غیره بعد ذلک مشکوک فیه.

و المتحصل أنه لو وصلت النوبهٔ الی الأصل العملی فی المقام فمقتضاه عدم الضمان مطلقا. نعم قد یقال بالضمان مطلقا أخذا بقاعدهٔ إتلاف مال الغیر.

(لا یقال): الإتلاف فی المقام یکون باذن الشارع و أمره، و الإتلاف باذنه کالإتلاف بإذن المالک لا یوجب الضمان، کالإذن فی أکل المار من الثمرهٔ فی طریقه: (فإنه یقال) یحتمل أن یکون اذنه فی المقام فی الإتلاف نظیر اذنه فی التصرف فی اللقطهٔ، و فی إیداع الغاصب مال الغیر عنده، فإنه لا یجوز له رده الی الغاصب، بل یجب علیه- بعد تعریف المال سنهٔ کاملهٔ- التصدق به مع الضمان، کما دلت علیه الروایهٔ، بل لیس فی المقام روایهٔ دالهٔ علی التصدق بالمال ساکتهٔ عن ذکر الضمان، مع ظهور المالک حتی یستظهر عدم الضمان من السکوت فی مقام البیان.

(أقول): قد ذکرنا أن الضمان المطلوب فی المقام- نظیر الضمان المطلوب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۱

....

فی مورد التصدق باللقطهٔ- لا یثبت بقاعدهٔ الإتلاف، فإن مقتضی تلک القاعدهٔ ثبوت المال بالتصدق، علی عهدهٔ المتلف و قد عبر المصنف (ره) عن ذلک بکون الإتلاف علهٔ تامهٔ للضمان. و المطلوب فی المقام ثبوت المال علی العهدهٔ بإظهار المالک عدم رضاه بالتصدق، و قد عبر (ره) عن ذلک بالضمان المراعی بعدم اجازهٔ المالک، و هذا الضمان یحتاج الی دلیل آخر غیر قاعدهٔ الإتلاف، نظیر ما قام علیه فی اللقطهٔ. و الالتزام- فی المقام ایضا بالضمان بمجرد التصدق و ارتفاعه بإجازهٔ المالک لقاعدهٔ الإتلاف- غیر ممکن، لاستلزامه ثبوت المال علی العهدهٔ و عدم انتقال جمیع الترکهٔ إلی الورثهٔ، حتی فیما إذا لم یظهر المالک بعد التصدق لیظهر رضاه أو عدمه. و ما تقدم من عدم ثبوت روایهٔ فی المقام ساکتهٔ عن الضمان عجیب، فإنه لم یکن من الضمان فی الروایات المتقدمهٔ، ذکر و لو کان فی البین ضمان لورد ذکره فی تلک الروایات، نظیر وروده فی اخبار باب اللقطهٔ.

و الحاصل أنه لو لم یكن عدم الضمان مقتضی الإطلاق فی الروایات المتقدمة فلا ینبغی الریب فی أنه مقتضی الأصل. بل ذكر السید الخوئی طال بقاه أن ثبوت الضمان فی المقام بقاعدة الإتلاف غیر ممكن، فان القول به یستلزم التسلسل، فإنه إذا تصدق بالمال المجهول مالكه یثبت بدله فی ذمته. و بما أن البدل ایضا مالكه مجهول، یجب التصدق به ایضا. و یجری الكلام فی بدل هذا البدل، و هكذا.

و لا یقاس المقام باللقطة، فإن الثابت علی الذمة لا تكون لقطة حتی یجب التصدق به ایضا.

و لا یخفی ما فیه، فان وجوب التصدق لا یكون حكما لأی مال مجهول مالكه نظیر الأحكام العقلیة حتی یوجب الالتزام به ذلك المحذور أو غیره بل حكم ورد فی بعض الموارد، و تعدینا منها الی موارد اخری من الأموال الخارجیة، و الی الدیون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۲

[و اما الصورة الرابعة ما علم إجمالا اشتمال الجائزة علی الحرام]

و اما الصورة الرابعة (۱)

التی تثبت علی الذمة من غیر ناحیة التصدق. و الصحیح أن الضمان بقاعدة الإتلاف مختص بموارد الإتلاف علی المالك، كمن یأكل طعام الغیر للاضطرار و إنقاذ حیاته، و لا تعم القاعدة موارد الإتلاف إحسانا إلی المالك، كما فی المقام، و الضمان بنحو آخر نظیر الثابت فی موارد اللقطة لم یقم علیه دلیل. و الأصل عدمه و اللّه العالم.

(۱) و هی ما إذا علم إجمالا باشتمال المأخوذ من الجائر علی الحرام، و ذكر المصنف (ره) فیها فروضا: (الأول):- حصول الشركة بنحو الإشاعة بامتزاج الحلال و الحرام بنحو لا یمكن التمییز بینهما، كما فی مزج أحد المائعین بالآخر مع العلم بقدر الحرام و مالكه (الثانی)- حصول الشركة كما ذكر و لكن مع الجهل بقدر الحرام و مالكه (الثالث) حصول الشركة مع العلم بقدر الحرام و جهل مالكه (الرابع) حصولها مع عرفان المالك، و جهالة مقدار الحرام (الخامس)- عدم إیجاب الاشتباه فی الفرض الشركة، كما إذا كان المالان قیمیین، و الحكم فی الفرض الأول هو كون المأخوذ فیه ملكا للأخذ، و ذلك الغیر، بنحو الإشاعة بالنسبة المعلومة، فلا یجوز لأحدهما التصرف فیه بدون رضا الآخر، و لكل منهما مطالبة الآخر بالقسمة.

و الحكم فی الفرض الثانی، إخراج خمس المال علی ما ذكر فی كتاب الخمس، و فی الفرض الثالث ما مر فی الصورة الثالثة من صور الجائزة، فإن الفرض داخل فیها حقیقة، و فی الفرض الرابع یجب التخلص من الحرام بالمصالحة مع مالكه، و فی الفرض الخامس یكون تعیین المال الحرام بالقرعة، أو بیع جمیع المال، فتحصل الشركة فی ثمنه.

(أقول): ما ذكره- فی الفرض الرابع من لزوم المصالحة مع مالك المال الحرام- غیر صحیح، بل یحكم بان السهم المشاع فی ذلك المال هو الأقل، أخذا بمقتضی ید الجائر الجاریة علی جمیع المال، فإنه لم یعلم عدم مالكیته للمال إلا بالإضافة إلی السهم الأقل، و كذا لا یمكن المساعدة علی ما ذكره فی الفرض الخامس، لأنه إذا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۳

اعلم أن أخذ المال (۱)

كان الحرام و مالكه مجهولین یجری فیه ما ذكروه فی إخراج الخمس من المال المختلط، حیث أن المذكور یعم ما إذا لم یكن الاختلاط موجبا للشركة بنحو الإشاعة، و إذا كان مالكه معلوما و قدر الحرام مجهولا، كما إذا أخذ من الجائر ثلاث شیاه، و علم بأن بعضها مال زید، و ذلك البعض مردد بین كونه شاة أو شاتین، ففی مثل ذلك لا علم بمخالفة مقتضی ید الجائر الجاریة علیها، إلا

بالإضافة إلی الواحدة، فیکون تعیین تلک بالقرعة. و بهذا یظهر الحال فیما إذا کان القدر و المالک معلومین، فإنه باعتبار الاشتباه و عدم حصول الإشاعة یکون التعیین بالقرعة.

(۱) إن أخذ ما بید الظالم من المال یجری علیه الأحکام الخمسة، و باعتبار نفس المال یکون فیه الکراهة و الوجوب و الحرمة. و الظاهر أن مراده تعلق الأحکام الخمسة بأخذ المال من الجائر باعتبار انطباق العناوین المختلفة علی نفس ذلک الأخذ، ککونه مقدمة للإنفاق الواجب أو التوسعة لعیاله، أو کونه ترویجا للباطل و الجور. و هکذا فیکون الأخذ متعلقا للاحکام الخمسة، حتی فی فرض إحراز کون المال ملک الجائر واقعا. و مراده من نفس المال تعلق الحرمة أو الوجوب أو الکراهة بالأخذ من جهة المال، ککونه من المال المشتبه أو مال الغیر مع عدم رضاه بالأخذ، أو کون أخذه انقاذا للمال المحترم من التلف، حیث یجب الأخذ معه حسبة، و الا فلا یتعلق حقیقة، الأحکام التکلیفیة التی منها الحرمة و الوجوب و الکراهة بغیر الفعل.

و أما ما ذکره (ره) من أن استنقاذ حقوق السادة و الفقراء و لو بعنوان المقاصة من موارد وجوب الأخذ من جهة المال، و یجوز هذا التقاص لآحاد الناس عند تعذر الاستیذان من الحاکم، (ففیه) بأن جواز التقاص لآحادهم یتوقف علی ولایتهم علی تلک الأموال، و لو عند تعذر الحاکم، و فی ثبوت الولایة لهم تأمل، و لا یکفی فی جوازه مجرد وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و الا لجاز التقاص و لو عند التمکن من الاستیذان، لعدم اشتراط وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۴۴

من جملة دیونه (۱)

بالاستیذان، و لجاز لزید ایضا التقاص من مال عمرو لشخص آخر من باب النهی عن المنکر. و لا أظن أن المصنف (ره) أو غیره یلتزم بذلک.

(۱) حاصله أنه لا فرق فی الدین الثابت فی ذمة الجائر، بین ثبوته بالاقتراض أو شراء شیء بذمته، أو تلف ما وضع علیه یده من أموال الناس عدوانا، أو إتلافها، فإن جمیع ذلک دین یترتب علیه أحکامه.

و ذکر بعض الأساطین- و هو کاشف الغطاء علی ما قیل- أن بدل متلفاته غصبا من المثل و القیمة و ان کان دینا حقیقة، نظیر سائر ما علیه من الدیون، إلا أنه لا یجری بعد موت الجائر علی ذلک البدل حکم الدین، بأن یکون خارجا عن الترکة قبل الوصایا و المیراث، و ذلک لأمرین: (أحدهما) انصراف الدین عنه فی مثل قوله عز من قائل مِنْ بَعْدِ وَصِیَّةٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ* «۱» و (ثانیهما)- السیرة الجاریة إلی یومنا هذا من عدم المعاملة مع ذلک البدل معاملة الدین، و علی ذلک فلو أوصی الجائر بإخراجه کان کسائر وصایاه محسوبا من الثلث.

و فیه أنه لا وجه لدعوی الانصراف، فانا لم نجد فرقا بین الثابت علی ذمته بدلا عما أتلفه نسیانا أو غفلة من مال الغیر، و بین ما أتلفه عدوانا، بأن یعم الأول، الدین فی مثل قوله سبحانه، و لا یعم الثانی، و کذا لا نجد فرقا بین ما یتلفه الجائر عدوانا و ما یتلفه شخص آخر، و لو کان الدین منصرفا عنه لما جری علی البدل حکم الدین، حتی حال حیاة الجائر، فإن انصراف الدین، لا یختص بآیة الإرث، مع أنه لا ینبغی الریب فی جریان أحکام الدین علیه حال حیاته، کجواز التقاص عن البدل، کما یدل علی ذلک موثقة داود بن زربی (رزین)، قال: «قلت لأبی الحسن موسی (ع) انی أخالط السلطان، فتکون عندی الجاریة و الدابة الفارهة، فیبعثون فیأخذونها، ثم یقع لهم عندی المال، فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک و لا تزد علیه» «۲» فان

---

(۱) سورة النساء (۴)- الآیة (۱۱)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۷) الباب (۶۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث (۷)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۵

[الثالثة ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضی باسمها]

اشارة

الثالثة ما يأخذه السلطان (۱)

الحكم فيها بالأخذ من غير استفصال عن بقاء العين التى أخذها الجائر أو أتلفها مقتضاه شمول الحكم لكلتا الحالتين، و كعدم تعلق الخمس بما زاد عن مؤنة سنته، فيما إذا كان البدل بمقدار الزائد عليها، و عدم حصول الاستطاعة للحج، فيما إذا كان البدل مساويا لما عنده من المال الكافى لمصارف حجه، الى غير ذلك.

و أما ما ذكره من السيرة، فلم يحرز أنها من المتشرعة المبالين للشرع الملتزمين به، و السيرة من غير المبالين لا قيمة لها. و يشهد لكونها من غير المبالين أنا لم نجد فرقا عندهم بين البدل المزبور و بين الثابت على ذمته بسائر موجبات الضمان، كما أنهم لا يفرقون فى المظالم الثابتة عليه بين عرفان المظلومين تفصيلا أو إجمالا. و من تتبع أحوال الظلمة و توريث أموالهم التى قد لا تكفى لأداء تلك المظالم المجتمعة عليهم طيلة حياتهم يعرف ذلك.

(۱) تعرض (ره) فى المسألة الثالثة من مسائل الخاتمة لما يؤخذ من السلطان المستحل للخراج و المقاسمة و الزكاة، و أنه يجوز أخذ هذه الأموال منه مجانا أو معاوضة. و ذكر أن مقتضى القاعدة عدم جواز الأخذ، لأن الجائر لا ولاية له على تلك الأموال، فتراضيه- مع من عليه الخراج أو الزكاة نظير تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير فى دفع مال اليه بعنوان الأجرة- فاسد، إلا أنه لا بد من رفع اليد عن هذه القاعدة و الالتزام بجواز الأخذ لما يأتى.

و المراد من الخراج ما عين للأرض أجرة من النقود أو غيرها، و من المقاسمة المعاملة مع الزارع بحاصل الأرض و البستان بالثلث أو بالربع أو نحوهما، و لا يخفى أنه لا وجه لتخصيص جواز أخذ الزكاة من الجائر بالإنعام، كما هو ظاهر عبارة المصنف (ره) بل يعم جميع أقسامها، كما أن ما ذكر (ره)- من أن ما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه، و مع ذلك يجوز أخذه من الجائر- لا يمكن المساعدة عليه، و ذلك فان المال بأخذ الجائر يتعين فى عنوان الخراج أو المقاسمة أو الزكاة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۶

....

و لا يتوقف تعينه فيها بأخذ الآخر من الجائر، و إلا لوجب على الزارع، الخراج أو المقاسمة أو الزكاة ثانيا مع تلف المال فى يد الجائر، بل مع تلفه قبل وصوله الى يد المشترى أو المستحق. و هذا لا يناسب الروايات الآتية فى براءة ذمة الزارع و تعين الزكاة فى المأخوذ بمجرد أخذ عامل السلطان.

ثم إن فى المقام جهات: (الاولى) تقبل الزارع أو الفلاح الأرض من السلطان الجائر (الثانية)- فى المال الذى يأخذه الجائر من الزارع أو الفلاح أو غيرهما بعنوان الخراج أو المقاسمة أو الزكاة (الثالثة) أخذ الآخرين تلك الأموال من الجائر مجانا أو بعنوان الشراء أو غيره من المعاملات. و الأظهر بحسب الروايات الحكم بالجواز فى الجهات الثلاث، بمعنى أنه يجوز للزارع و الفلاح التصرف فى تلك الأراضى و لو مع المعاملة مع السلطان الجائر أو عماله، على ما يأتى، و يكون ما يأخذه الجائر معنونا بعنوان الخراج أو المقاسمة أو الزكاة، و يدخل ما يأخذه الغير من الجائر من الخراج أو المقاسمة أو الزكاة، مجانا أو بعنوان الشراء و نحوه فى ملكه، و كأن الوجه فى

جميع ذلك إمضاء الشارع تلك التصرفات، و ليس المراد جعل الولاية للجائر بالإضافة إليها، فإن الروايات غير ظاهرة فى ولايته عليها، بل فى مجرد إمضائها تسهيلا للأمر على الآخرين.

و الحاصل أنه لو كانت للجائر ولاية على تلك التصرفات، لما كان عليه وزر بالإضافة إليها، و إنما الوزر فى إشغاله ذلك المنصب الذى لا يستحقه، بخلاف الالتزام بمجرد إمضاء الشارع تلك التصرفات تسهيلا للأمر على الآخرين، فإنه لا يكون فى ذلك الإمضاء نفى وزر عن الجائر، نظير ما نذكر فى تحليل الشارع الخمس للشيعة فيما إذا وقع بيد أحدهم المال الذى تعلق به الخمس عند غيره، كما إذا اشترى متاعا غير مخمس، فإنه يدخل ذلك المتاع بتمامه فى ملك المشترى، كما هو مقتضى اخبار التحليل، و مع ذلك لا يجوز للبائع ذلك البيع تكليفا، و ينتقل الخمس الى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۷

و ان لم يعلم مستنده (۱) و الاولى ان يقال (۲)

الثمن، و لو كان تمليك ذلك المتاع مجانا كان على الجائر ضمان إتلافه فلاحظ.

(۱) المراد بالمستند حكمة الحكم و سره.

(۲) الوجه فى كونه اولى عدم كون الخراج و المقاسمة أو الزكاة ملكا للإمام (ع)، بل له ولاية بالإضافة إليها. ثم إن الأمور التى استند (ره) إليها فى حكمه بالحل أربعة: (الأول)- الإجماع المنقول المؤيد بالشهرة المحققة (الثانى) لزوم الحرج بل اختلال النظام فى الاجتناب عن الأموال المزبورة (الثالث) الروايات الواردة فى جواز جائزة السلطان لآخذها، فإنه لا يحتمل عادة كونها من غير تلك الأموال (الرابع) الروايات الواردة فى المعاملة مع السلطان أو عماله على تلك الأموال.

(أقول): اما الأمر الأول فقد تكرر فى كلماتنا حال الاستناد إلى الإجماع فى أمثال المقام مما يعلم أو يحتمل استناد المجمعين الى ما فى أيدينا من الأدلة. و أما دعوى اختلال النظام، فلم يظهر وجه لزوم الحرج الشديد، فضلا عن لزوم الاختلال، و ذلك فان لزوم الاجتناب عن هذه الأموال على تقديره يوجب كونها كسائر الأموال المأخوذة من الرعية ظلما، و حيث أن الآخذ لا طريق له غالبا إلى إحراز الحرام أو تعيين مالكه، يكون من المال المشتبه أو المجهول مالكه، فيمكن للمالك التصرف فيها فيما إذا كان موردا لصرفه، و لو بالمعاملة مع مستحقيه. نعم عدم فراغ ذمة المكلف- من الحق الواجب عليه زكاة أو أجرة للأرض التى يعمل عليها و هى ملك المسلمين- يوجب الحرج عليه، و لكن مجرد لزومه لا يوجب الحكم بالبراءة و فراغ ذمته، لان رفع الحرج حكم امتنانى، و لا امتنان فى التوسعة لمكلف بتفويت حق أو مال على الآخرين. و تعين ما يأخذه الجائر زكاة أو خراجا، يوجب غالبا صرف الزكاة أو الخراج فى غير موردهما، من فقراء الشيعة و مصالح المسلمين. و على تقدير تسليم شمول رفع الحرج فمقتضاه عدم وجوب الزكاة أو الخراج عليه ثانيا، لا ان المأخوذ أولا زكاة أو خراج.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۸

....

و الحاصل أن ما يأخذه الجائر زكاة أو خراجا ليس إلا كأخذ العشر فى مثل زماننا من التجار و الكسبة و غيرهما، و كما أن لزوم الاجتناب عن العشور و بقاءها فى ملك المأخوذ منهم لا يوجب حرجا على سائر الناس، لما أشرنا إليه من عدم عرفان مالكها غالبا، فتدخل فى عنوان المجهول مالكه، فكذلك المأخوذ من الرعية زكاة أو خراجا كما لا يخفى.

(الأمر الرابع) و هى العمدة الروايات الواردة فى شراء الخراج و المقاسمة و الزكاة من السلطان و عماله.

(منها)- صحيحة ابى عبيدة، قال: «سألته عن الرجل منا يشترى من السلطان من إبل الصدقة و غنم الصدقة، و هو يعلم أنهم يأخذون

منهم أكثر من الحق الذى يجب عليهم؟ قال فقال. و ما الإبل إلا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به، حتى تعرف الحرام بعينه، قيل له فما ترى فى مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول بعناها فيبيعناها، فما تقول فى شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس، قيل له فما ترى فى الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه، فيعزله بكيل، فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكيل و أنتم حضور ذلك، فلا بأس بشرائه منه من غير كيل» «۱».

و ذكر المصنف (ره) (أولا) أنها دالة على ان جواز أخذ الصدقات من السلطان و عماله، كان مفروغا عنه عند السائل، و لذا وجه سؤاله الى خصوصيات الشراء من علم المشترى بأخذ العامل زائدا على الزكاة الواجبة على الرعية، و شراء الشخص الصدقة التى أخرجها أو شراء الحنطة و الشعير من القاسم بلا كيل، و ذكر (ثانيا)- أن فى الرواية سؤالا و جوابا إشعارا إلى انه كان جواز أصل الشراء مفروغا عنه عند السائل و إلا لكان السؤال عن جواز أصل الشراء أولى، حيث ان الشراء بحسب القاعدة الأولية

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب (۵۲) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (۵)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۹

و فى وصفه (ع) للمأخوذ بالحلية (۱) هو مزارع الأرض (۲) و زاد عليه ما سكت (۳)

كان محكوما بالفساد، كما أن التصرف فى الأموال المزبورة باعتبار بقائها فى ملك المأخوذ منهم يكون محرما تفصيلا. و قوله (ع)- فى الجواب عن السؤال الأول لا بأس بالشراء حتى تعرف الحرام- كاف فى الدلالة على جواز أصل الشراء، فإنه لو لم يكن الشراء جائزا لما صح الجواب المزبور.

(أقول) لم يعلم وجه العدول عن الدلالة التى ذكرها أولا إلى التعبير بالاشعار ثانيا.

(۱) أى أن تعلق نفى البأس- بالإبل و الغنم و غيرها من الأعيان- ظاهره عدم البأس بأخذها عن الجائر مجانا أو شراء أو بمعاملة أخرى، كما فى سائر الأموال التى تضاف إليها الحلية، حيث أن الحلية لكونها حكما تكليفيا أو وضعيا يكون متعلقها الفعل أو المعاملة، و إضافتها فى الخطاب الى العين باعتبار أن تعم جميع الأفعال أو المعاملات المناسبة لتلك العين، فلا وجه لما قيل من اختصاص الحلية فى الصحيحة بالشراء.

(۲) أى ان المراد بالقاسم مالك الأرض أو وكيله الذى زارعها من العامل عليها.

(۳) و حاصل ما ذكره الأردبيلى (ره) أن الفقرة الاولى من الرواية ظاهرة فى جواز شراء الزكاة من عامل السلطان، و لكن لا بد من طرح هذا الظهور بقرينة حكم العقل و النقل بل الإجماع أيضا. و أما الفقرة الثانية و الثالثة، فلا ظهور لها فى جواز شراء الزكاة أصلا، و ذلك فان المراد من قوله (ع): (و ما الإبل و الغنم الا مثل الحنطة و الشعير) كون جنس الإبل و الغنم كجنس الحنطة و الشعير و غير ذلك فى جواز شرائها من بائعها، مع عدم إحراز أنها لغيره. و هذا مفاد قضية حقيقة لا تتكفل لإثبات موضوعها أو نفيه، و الصدقة المفروضة فى السؤال يعلم حكم شرائها جوازا أو منعا من الكبرى، بعد إحراز حالها، و أنها مال مأخوذ من الزارع و الرعية بلا ولاية للعامل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۵۰

....

على أخذها فتكون باعتبار العلم بأنها مال الغير حراما، و الحاصل أن المراد بالإبل فى السؤال و إن كان خصوص إبل الصدقة الا أن المراد منه فى الجواب جنسه، و التفكيك و إن كان خلاف الظاهر، حيث أن ظاهر الرواية تعلق نفى البأس فى الجواب بالمفروض فى

السؤال، و أن المراد من الحرام هو المقدار الزائد على الحق، إلا أن هذا الظهور يرفع اليد عنه بالحمل على بيان الكبرى و القضية الحقيقية بقرينة العقل و النقل و الإجماع. و بيان الجواب بهذا النحو لرعاية التقية، حيث لا يمكن (ع) المنع عن المعاملة مع سلاطين ذلك الزمان و عمالهم بالتنصيص به.

و أما السؤال الثانى فلا ظهور له فى رجوعه الى شراء الزكاة من عامل السلطان بل راجع الى حكم شراء المكلف مطلق الزكاة التى أخرجها إلى مستحقها، و كذا السؤال الثالث، فإنه لا قرينة فيها على قسمة عامل السلطان مع زارع الأرض الخراجية بل من المحتمل كون المراد بالقاسم مالك الأرض أو وكيله الذى زارعها، و قوله (ره) فى آخر كلامه فتأمل، لعله إشارة الى عدم مخالفة ظهور الفقرة الأولى للإجماع فإن المسلم عند الكل، حرمة المال المأخوذ بعنوان الزكاة على السلطان و عماله، لا على المشترى منهما و الجواز المستفاد من قوله عليه السلام، لا بأس به، راجع الى المشترى فقط.

(أقول): ما ذكره من قرينة العقل و النقل لا يمكن المساعدة عليه، فإنه ليس فى العقل ما يمنع أن تكون الصحيحة أو غيرها ناظرة إلى إمضاء الشارع تصرفات الجائر للتوسعة على الآخرين، نظير تحليل الخمس للشيعة، كما أنه ليس فى النقل ما يمنع عن ذلك، غير العمومات التى يرفع اليد عنها بالخصوصات.

و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد الخوئى طال بقاه- من صراحة الفقرة الاولى فى جواز شراء الصدقة من السلطان و عماله- غير تام، و أن دلالتها على الجواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۵۱

و منها رواية إسحاق بن عمار (۱) رواية أبى بكر الحضرمى (۲).

لا يتجاوز حدود الظهور و معه لا حاجة أى إتعاب النفس فى الفقرتين الأخيرتين و لو ان ظهور القاسم فى من يكون شغله القسمة تام. و هذا لا ينطبق إلا على عامل السلطان كما لا يخفى.

(۱) و هى مضمرة قال: «سألته عن الرجل يشترى من العامل، و هو يظلم؟

قال: يشترى منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا «۱» و ظهورها فى الشراء من عامل السلطان ما هو عامل فيه غير قابل للخدشة و حملها على السؤال عن معاملة الظلمة و الفسقة بعيد غايته.

(۲) و سندها معتبر، فإن أبا بكر الحضرمى موثق بتوثيق عام باعتبار كونه من مشايخ ابن ابى عمير، و واقع فى اسناد تفسير على بن إبراهيم و كامل الزيارة، قال (دخلت على ابى عبد اللّه (ع) و عنده إسماعيل ابنه، فقال: ما يمنع ابن ابى السماك أن يخرج شباب الشيعة.» «۲» و المراد إخراجهم للعمل حتى يعملون له ما يعمل له سائر الناس.

و ذكر الأردبيلى (ره) عدم دلالة هذه ايضا على جواز أخذ الخراج و نحوه من السلطان و عامله، فإنه يمكن أن المراد من بيت المال فى الرواية ما يجوز أخذه بأن يكون منذورا أو وصية لجماعة، منهم شباب الشيعة و أبو بكر الحضرمى. و كان إنفاذ الوصية أو النذر على ابن ابى السماك بحسب الوصية اليه أو النذر.

و لا يخفى ما فيه لظهور بيت المال فيما كان متعارفا فى ذلك الزمان من الأموال المأخوذة خراجا أو مقاسمة أو زكاة أو جزية، و حملها على غير ذلك بلا قرينة بلا وجه، و ذكر السيد الخوئى طال بقاه أن الرواية دالة على جواز أخذ المستحق بمقدار نصيبه، بل مقتضاها عدم جواز الأخذ لغير المستحق. و المدعى جواز الأخذ مطلقا.

و فيه أن الاستدلال بالرواية فى مقابل صاحب الرسالة و الأردبيلى، حيث منعا عن الأخذ

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب (۵۳) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (۲)

(۲) وسائل الشیعة: الجزء (۱۲) الباب (۵۱) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث (۶)

إرشاد الطالب إلى التعلیق على المکاسب، ج۱، ص: ۳۵۲

منها الأخبار الواردة فی أحکام تقبل الرجل الأرض (۱)

حتى فیما إذا کان الآخذ مستحقا للخراج أو الزکاة اللهم إلا أن یقال جواز الأخذ المستحق لا یحتاج إلى الروایة، لأن المال بوصوله الی یده یصیر خراجا أو زکاة، و إنما المحتاج إلیها جواز الأخذ لغیر المستحق، و لا دلالة فی الروایة لا على جوازه و لا على منعه.

(لا یقال): هذه الروایة بفقرتها الاولی ظاهرة فی جواز کون الشخص من أعوان الظلمة مع فقره، (فإنه یقال) لم یتوجه فی الروایة طلب الدخول فی ولایتهم الی شباب الشیعة حتى یتمسک بإطلاقه، بل الوارد فیها اللوم لابن ابی السماک بعدم استعماله شباب الشیعة، و لازم ذلک جواز عملهم له و لو فی الجملة، فلا إطلاق لها من هذه الجهة، و لعل الجائز هو الدخول للعمل المباح مع نفع المؤمنین أو مع الاضطرار الیه لتامین معاشه على ما تقدم.

(۱) ذکر السید الخوئی طال بقاه أن ما دل- على جواز تقبل الأراضی الخارجیة من السلطان- لا یکون دلیلا على جواز أخذ الخراج أو الزکاة منه مجانا أو معاملة، فان الأراضی الخراجیة الموجودة فی أیدی الشیعة یدور أمرها بین أن تترک بحالها بلا انتفاع منها، حتى یکثر الغلاء و الفقر و الجوع فیهم، أو ان یعطی الشیعی خراجین خراجا للسلطان و خراجا للمستحق، و هذا إجحاف، أو یکتفی بالخراج الواحد للسلطان بإجازة معاملته، و هذا الأخیر هو المتعین.

و فیه أنه یمکن أمر رابع و هو تحلیل تلک الأراضی بمعنى إسقاط خراجها عن الشیعة، لئلا یکون إجحاف بهم. و إذا فرض اجازة معاملة السلطان على تلک الأراضی فیتعدى الی معاملته على خراجها، باعتبار عدم احتمال الفرق، مع أن الأراضی قد عطف علیها أهلها، کما فی صحیحة الحلبی، حیث قال (ع) فیها: «لا بأس أن یتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان» «۱» و تقبل أهل أراضی الخراج، هی المعاملة على جزیة

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۳) الباب: (۱۸) من أبواب المزارعة، الحدیث. (۳)

إرشاد الطالب إلى التعلیق على المکاسب، ج۱، ص: ۳۵۳

و منها الصحیح عن إسماعیل بن الفضل (۱) لا یخلو عن قصور فی الدلالة (۲)

[ینبغی التنبیه على أمور]

[الأول ان ظاهر عبارات الأکثر مختص بما یأخذه السلطان]

ان ظاهر عبارات الأکثر (۳)

رؤوسهم أو ما یکون علیهم من الخراج.

(۱) و دلالتها- على جواز شراء جزیة الرؤوس و الخراج من السلطان- واضحة و لا یضر بها اشتمالها على خراج الطیر و السمک و نحوهما مما لا خراج علیه، بل لعل المراد به أجرة الأرض التی قد تزید، بلحاظ کون الأرض صالحة لصید الطیر و السمک و غیرهما.

(۲) حیث أنه لم یعلم أن المراد بتمر عین ابن ابی زیاد فی روایة جمیل بن صالح التمر المأخوذ من تلک العین بعنوان الخراج أو الزکاة، مع أن الروایة فی سندها ضعف، حیث أن الراوی عن الامام (ع) و هو مصادف ضعیف فتدبر. و لم یعلم أن المراد بالطعام فی صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج الطعام المأخوذ بعنوان الخراج أو الزکاة، و لعله من عائد الوقف المجهول أربابه أو نحوه کما لا

يخفى.

(۳) هل يختص جواز أخذ الخراج من السلطان الجائر بما يكون في يده أو يد عماله، بان تجرى المعاملة عليه بعد وقوع الخراج بيدهما، أو أن الجواز يعم المعاملة، و هو على عهدة مستعمل الأرض؟

ذكر المصنف (ره) أن ظاهر أخبار جواز قبالة الأرض و جزية الرؤوس هو الثانى، و لكن لا يخفى أن ما دل على جواز تقبل الأرض من السلطان لا يرتبط بجواز تملك ما على ذمة مستعملى الأرض بالشراء أو الحوالة، بمعنى جواز شراء ما عليهم من السلطان أو حوالة السلطان متقبل الأرض إلى مستعمليها، بأن يستوفى من هؤلاء المستعملين ما أعطاه للسلطان قرضا، بل يكون مدلولها جواز تملك منفعة الأرض بعنوان الإجارة أو غيرها. و إذا كانت منفعتها للمتقبل يكون ما يأخذه من مستعمل الأرض عوضا لتلك المنفعة المملوكة له، نظير الأرض التى يستأجر من مالكها الخاص، ثم يوجرها لثالث.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۵۴

....

و الحاصل ان جواز ما على ذمة مستعمل الأرض من الخراج لمتقبل الأرض بذلك لا يكون ملازما لجواز معاملة السلطان على الخراج قبل أخذه. نعم ما ورد فى جواز تقبل جزية الرؤوس و تقبل خراج الأرض كاف فى الدلالة على العموم.

(لا يقال): يعارضه ما فى صحيحة أبى عبيدة المتقدمة، فإن فيها ما ظاهره اعتبار القبض و العزل، قال «فما ترى فى مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فيبيعناها: فما تقول فى شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس، قيل له فما ترى فى الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم، فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه بكيل، فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قد قبضه بكيل، و أنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه بغير كيل» و الفرق- بين الزكاة و الخراج بأن الزكاة مجعول الهى و لا تتعين فى شىء إلا بالأخذ و العزل، بخلاف الخراج، فإنه يكون على الذمة و يتعين بالجعل و القرار مع السلطان أو ولاته، فيمكن أن يعتبر الأخذ فى المعاملة على الزكاة، و لا يعتبر فى المعاملة على الخراج- لا يخفى ما فيه، فان الزكاة تثبت فى النصاب بنحو الإشاعة فى المالية أو بنحو الكلى فى المعين، و يجوز لولى الزكاة بيعها قبل أخذها أو عزلها من مالك النصاب أو غيره، و لو كانت معاملة الجائر عليها كمعاملة السلطان العادل نافذة، فلا يحتاج الى القبض أو العزل و اعتبار الأخذ و القبض فى إمضاء معاملة الجائر عليها، و عدم اعتباره فى معاملته على الخراج بعيد غايته.

و ذكر السيد الخوئى طال بقاه فى الجواب عن المعارضة: أن المفروض فى الصحيحة كون البائع عاملا للسلطان، و العامل بمنزلة الوكيل، و لم تحرز وكالته إلا فى جمع الزكاة، لا فى بيعها ايضا، و مع عدم الإحراز لا يحكم بصحة بيعه لعدم جريان أصالة الصحة فى موارد عدم إحراز سلطنة الشخص على المعاملة. و إذا وصل المال الى يده فبقاعدة اليد يحكم بسلطانه على البيع ايضا، بناء على ما هو الصحيح من عدم اختصاص القاعدة بمورد احتمال ملك العين، بل يعم احتمال ملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۵۵

الظاهر من الأصحاب فى باب المساقاة (۱)

التصرف ايضا.

و الحاصل أن التفصيل فى الرواية بين أخذ الزكاة أو عزلها و بين عدمهما على القاعدة.

(أقول) هذا ايضا غير تام، لان السلطان الجائر ليس له ولاية المعاملة على الزكاة أو الخراج، حتى يعتبر فى نفوذ معاملة عماله إحراز وكالتهم عنه بقاعدة اليد أو غيرها، و لا يختص إمضاء المعاملة تسهيلا للأمر على الآخرين بمعاملة السلطان ليلزم إحراز انتساب معاملة

عماله اليه، بل الموضوع للجواز فى الروايات معاملة السلطان و عماله، أحرزت وكالتهم عنه فى معاملتهم أم لا.

و إن شئت قلت صحيحة الحذاء تشمل فى اعتبار القبض، صورة العلم من الخارج بأن العامل مفوض إليه أمر الزكاة فى بيعها و نقل عينها. و لا يبعد أن يقال فرض الأخذ فى الصحيحة باعتبار تعيين مقدار الزكاة و رفع الغرر عن بيعها، و كذا فى دلالتها على أخذ الحنطة بالكيل، و حضور المشترى عنده، و لو لم تكن الرواية ظاهرة فى ذلك فتحمل عليه جمعا، باعتبار عدم احتمال الفرق بين المعاملة على الخراج و المعاملة على الزكاة كما مر.

(۱) إذا كان خراج الأرض على الساقى دون مالك الأشجار، كان دفع مالكها- الخراج إلى الجائر و سقوطه بذلك عن الساقى- من قبيل المعاملة مع السلطان على الخراج قبل وصوله الى يده، و لكن الأظهر كون الخراج على مالك الأشجار ابتداء، فإنه يستعمل الأرض و يستوفى منفعتها بأشجاره، فدفعه الخراج الى السلطان دفع لما عليه، لا عوض عما على الغير، حتى يقال: هذا الدفع شاهد لجواز المعاملة مع السلطان على ما بعهدة الغير من الخراج قبل أخذه. و من هذا القبيل المزارعة، و أنه يكون الخراج يعنى أجرة الأرض على من تملك منفعتها بتقبلها من السلطان، و قوله (ره) و ظاهر الأصحاب مبتدأ و خبره إجراء ما يأخذه الجائر أى ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۵۶

و اما المأخوذ فعلا (۱)

[الثانى يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرما بمن ينتقل إليه]

الثانى يختص حكم الخراج (۲) مع أن فى بعض الاخبار ظهورا فى جواز الامتناع (۳)

ظاهر الأصحاب تنزيل ما يأخذه الجائر من مالك الأشجار منزلة ما يأخذه السلطان العادل فى كونه عوضا عما على مستعمل الأرض أى الساقى. و هذا فى معنى جواز معاملة السلطان على ما بذمة مستعمل الأرض قبل أخذه.

(۱) أى ان الوجه فى ذكر العلماء المأخوذ فعلا باعتبار أن هذه المسألة فى كلماتهم ذكرت بعنوان الاستثناء عن مسألة حرمة الجائزة، مع العلم بأربابها، و بما أن الجائزة لا تتحقق الا بالقبض فرضوا الأخذ فى هذه المسألة أيضا.

(۲) ذكر (ره) فى هذا الأمر أنه ليس للجائر ولاية أخذ الخراج أو المقاسمة أو الزكاة، بحيث يجب على من عليه الحقوق دفعها اليه تعيينا أو تخييرا بينه و بين الدفع الى الحاكم الشرعى، بل الثابت من الروايات أن أخذ الجائر تلك الحقوق ممن عليه يوجب فراغ ذمته منها و أن المعاملة عليها مع الجائر محكومة بالصحة، و لا يستفاد منها أزيد من ذلك. نعم يظهر من جماعة منهم بعض الأساطين (كاشف الغطاء) خلاف ذلك، حيث قال: (و يقوى حرمة سرقة الحصة و خيانتها و الامتناع عن تسليمها، أو تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر، و إن حرمت عليه، و دخل تسليمها فى الإعانة على الإثم بالبداية أو الغاية لنص الأصحاب على ذلك.

و لعل مراده بقوله و دخل تسليمها إلخ أن الأصل حرمة تسليم الحصة إلى الجائر، فإن تسليمها اليه ان كان دخيلا فى تسلطه على رقاب المسلمين، فالدفع إليه إعانة على الإثم بحسب الحدوث، و ان لم يكن دخيلا فيه، كما إذا كان تسلطه عليهم من قبل بفعل الآخرين يكون الدفع إليه اعانة على الإثم بحسب الغاية، لأن الجائر يصرفها فى غير مواردها، و قوله لنص الأصحاب تعليل للحكم فى قوله: و يقوى حرمة سرقة الحصة.

(۳) الرواية بحسب السند معتبرة، و دلالتها، باعتبار أن الثمن بعد فرض صحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۵۷

مخالف لظاهر العام (۱)

المعاملة المفروضة فيها يكون معنونا بعنوان المقاسمة، و تجويز الامام (ع) الامتناع عن تسليمها إلى الجائر يكون قرينة على عدم ولايته على الخراج، فلا يكون حاله كحال السلطان العادل، و لكن لم يعلم أن الأرز المفروض كان من المقاسمة، فإنها فى واقعة خارجية لم تعلم خصوصياتها، فلعله كان من مال الناصب، كما ذكره فى الحدائق، و لم يظهر من أصحابنا التسالم على عدم اجراء حكم مال الكافر على أموال الناصب، بل الناصب على ظاهرهم محكوم بالكفر، فلا حرمة لنفسه و لا لماله. و إخراج الخمس من المال المأخوذ منه يكون بالإضافة إلى الزائد على مؤنة السنة، كما مر سابقا.

(۱) و لعل مراده بالعام مدلول لفظ الشيعة، و المال المضاف إليهم هو المأخوذ من كل واحد منهم. و هذا المال هو الخراج و المقاسمة، فإن ما يؤخذ من جميع الشيعة فقيرهم و غنيهم و كبيرهم و صغيرهم هى أجرة الأرض التى كانوا يسكنون بها من الأراضى الخراجية، بخلاف المجعول عليهم ظلما، فإنه لا يعم جميع الشيعة حتى الزكوات، فإنها لا تؤخذ إلا ممن له نصاب المال الزكوى. و على ذلك فمقتضى العام حمل الأموال الواردة فى الرواية على الخراج و المقاسمة. و هذا الحمل هو الاحتمال الثانى فى كلام المحقق الكركى (ره).

نعم الزكوات و إن أدرجها المحقق المزبور فى الاحتمال الثانى، إلا أنها داخلة فى الاحتمال الأول، فإنها مأخوذة من بعض الشيعة ظلما، و ذلك فإنه لو قيل باجزاء المدفوع إلى الجائر عن الزكاة الواجبة كان الظلم على مستحقيها من فقراء أهل الولاية، حيث أن الجائر لا يخصهم بالزكاة، و إن لم نقل باجزائه عنها كانت الظلامة على مالك النصاب، لانه يجب عليه دفعها ثانيا. و هذا الظلم أظهر من الأول، لاحتمال أن يقال فى فرض الاجزاء بأن الزكاة لا تكون ملكا للفقراء من أهل الولاية، حتى تكون الظلامة عليهم، بل هم أحد الموارد الثمانية التى يصرف عليها الزكاة، و لذا ذكر (ره) خصوصا بناء على عدم الاجتزاء بها عن الزكاة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۵۸

و فيما ذكر المحقق من الوجه الثانى (۱)

و كيف كان فليست الزكاة مالا مأخوذا من جميع الشيعة، بل أخذها ظلامة من الجائر على بعضهم (أقول): ينبغى أن يقال بالاجتزاء بالإضافة إلى الزكاة أيضا، كما يظهر ذلك مما دل على تجويز شراء الصدقة من السلطان و عماله و فى صحيحة عيص بن قاسم عن ابى عبد اللّه (ع) فى الزكاة، قال: «ما أخذ منكم بنو أمية، فاحتبسوا به و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم، فان المال لا يبقى على هذا ان يزكيه مرتين «۱»» فان قوله- فان المال لا يبقى تعليل للاجزاء و جواز الاحتساب، لا لعدمه، كما يظهر من المصنف (ره)، و بها و بمثلها يرفع اليد عن الدلالة على عدم الاجزاء بحملها على استحباب الإعادة.

(۱) أى ان ما ذكره المحقق- فى بيان المراد من أموال الشيعة الواردة فى رواية على بن يقطين من احتمال كونه الخراج و المقاسمة و الزكوات- فيه دلالة على أنه (ره) لا يرى وجوب دفع الخراج أو المقاسمة إلى السلطان، و لا يكون له ولاية كولاية السلطان العادل. و وجه الدلالة أنه لو كانت له هذه الولاية بحيث وجب دفع تلك الأموال إليه، لما أمكن أمر الإمام (ع) على بن يقطين بالاجتناب عن أخذها و لا أخذها علانية و استردادها سرا. و ربما يستظهر هذه الولاية من كلام مشايخه، و لكن لا يبعد كون مرادهم الامتناع عن أداء الخراج و جحوده رأسا حتى عن الحاكم العادل.

و وجه عدم البعد تعليلهم حرمة الامتناع، بأن ذلك حق واجب عليه، فإنه ليس مقتضى هذا التعليل وجوب الدفع إلى الجائر، و لعل هذا الاحتمال بعينه ما فهمه المحقق من الكلام المنقول عن مشايخه. و يؤيد ذلك أنه بعد ما ذكر الاحتمالين فى المراد من أموال الشيعة الواردة فى الرواية نقل كلام مشايخه، و لم يشر الى أن ما ذكره- من الاحتمال الثانى فى الرواية- مخالف لظاهر كلامهم و يؤيد أيضا ان هذا المحقق

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۶) الباب: (۲۰) من أبواب المستحقین للزکاة:

- الحدیث: (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۵۹

و من تأمل إلخ فهو استشهاد (۱) فلو احاله بها و قبل الثلاثة (۲) یحرم علی المالک المنع (۳) و قد عرفت أن هذا مسلم نصا و فتوی (۴).

تعرض بعد نقل کلامهم لتولی الفقیه أمر الخراج فی زمان الغیبة و ذکر أنه لیس عنده من الأصحاب تصریح فی ذلک، و وجه التأیید أنه لو کان قد علم من کلامهم عدم جواز منع الخراج عن الجائر و ثبوت الولایة له، لذکر أنه لا یجوز عند مشایخه للفقیه المتصدی لأمر الخراج، و أن أمره عندهم راجع الی الجائر. و حمل کلامه (ره)- علی صورة فقد السلطان الجائر، حتی لا ینافی ذلک ثبوت الولایة للجائر- حمل علی فرض بعید.

(۱) هذا رفع لما یتوهم من التنافی فی کلام المحقق، و ذلک فإنه (ره) أجاب عن السؤال (أولا) بقوله لا أعرف للأصحاب فی ذلک تصریحا، ثم ذکر (و من تأمل فی أحوال کبرائنا و هذا الأخیر نوع تصریح من الأصحاب. و وجه الدفع أن قوله- و من تأمل فی أحوال کبرائنا- استشهاد علی أصل الحکم فی المسألة، و هو جواز المعاملة مع السلطان علی الأراضی و خراجها، و غیر مرتبط بالسؤال و الجواب أصلا.

(۲) المراد بالثلاثة المحال و المحیل و المحال علیه، و هذا مبنی علی اعتبار رضا المحال علیه فی صحة الحوالة، و الا لکفی رضا المحیل و المحال.

(۳) أی انه یحرم علی من علیه الحقوق المزبورة الامتناع عن دفعها الی من تملکها بالمعاملة مع السلطان.

(۴) (أقول): لم یعلم التسالم علی ما ذکر، و مقتضی بعض الروایات المعتبرة تجویز للتصرف فی الأراضی الخراجیة للشیعة مجانا، و فی صحیحة مسمع بن عبد الملک عن ابی عبد اللّه (ع): «یا أبا سیار الأرض کلها لنا، مما اخرج اللّه منها من شیء فهو لنا- الی ان قال- کل ما فی أیدی شیعتنا من الأرض فهم فیه محللون و محلل لهم، ذلک إلی أن یقوم قائمنا فیجبیهم طسق ما کان فی أیدیهم، و ترک الأرض فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۶۰

ما ذکره من الوقف لا یناسب (۱) و أما مع عدم استیلائه (۲)

[الثالث: أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب حل الخراج و المقاسمة المأخوذین من الأراضی]

و هو الذی یقتضیه نفی الحرج (۳)

أیدیهم. و أما ما کان فی أیدی غیرهم، فان کسبهم من الأرض حرام.» «۱» فان هذه لو لم تکن ظاهرة فی خصوص أرض الخراج، بقرینة فرض الخراج المعبر عنه بالطسق فلا ینبغی الریب فی شمولها لها، حتی لو فرض وقوع المعارضة بینها و بین ما دل علی ثبوت الخراج علی مستعمل ارض الخراج بالعموم من وجه، لکان المرجع بعد تساقطهما فی مورد اجتماعها و هو استعمال الشیعی أرض الخراج أصالة عدم اشتغال الذمة بالبدل. و قد نقل ذلک القول فی المستند، و اختاره فراجع.

ثم إن الظاهر من قوله (ع): (الأرض کلها و ما اخرج اللّه منها لنا) هو ثبوت الولایة لهم لا الملک، بقرینة مالکیة غیرهم بعض الأرض، و ما یخرج منها کما لا یخفی.

(۱) لا یخفی أنه یجوز وقف بعض المأخوذ من الجائر، کابل الصدقة، و لیس فی کلام الشهید (ره) عموم بالإضافة إلی وقف الأرض التی یتقبلها من السلطان، حتی یستشکل بأنه لا یصح وقفها باعتبار أنها لا تدخل فی ملک الآخذ، بل لا یصح هذا الوقف من الجائر أیضا، فإنه لم یظهر من الاخبار المتقدمة إمضاء الشارع تصرفه فی الأرض بوقفها أو تملیک قطعة منها لشخص معین فلاحظ.

(۲) قد ورد النهی فی صحیحة عیص بن القاسم المتقدمة عن إعطاء الزکاة للجائر و ظاهره عدم الاجتزاء به عن الزکاة الواجبة فیما إذا کان الإعطاء اختیاریا، لقصور ید الجائر أو غیره. و بما أنه لا یحتمل الفرق بینها و بین الخراج، فلا یجوز إعطاء الخراج له ایضا اختیاریا، بل یدخل الخراج بناء علی عدم سقوطه عن الشیعی فی الأموال التی یتصرف فیها حسبة. و القدر المتیقن من الجواز تصرف الحاکم مباشرة، أو الصرف فی موارده بالاستیذان منه فتدبر.

(۳) قد تقدم سابقا أن دلیل نفی الحرج لا یصحح المعاملة، و لذا لو لم تکن فی البین الأخبار الظاهرة فی إمضاء معاملات الجائر علی الأراضی و خراجها، لم یمکن

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الأنفال- الحدیث (۱۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۶۱

و هذا الدلیل و ان کان فیه ما لا یخفی (۱) نعم بعض الاخبار (۲)

[الرابع: ظاهر الأخبار و منصرف کلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعی للرئاسة العامة و عماله]

مسوقة لبیان حکم آخر (۳)

تصحیحها بدلیل نفیه، کما لا یمکن تصحیح معاملات سائر الغاصبین به.

(۱) (أولا) بأن الخراج أجرة الأرض، فیثبت علی الذمة، و ما یحصل بالزرع ملک فی المزارعة لمالک الأرض و الزارع معا، و فی مورد الإجارة ملک للزارع.

و (ثانیا) أن الخراج حق للمسلمین، فإنه بدل منفعة الأرض التی یملکونها. و (ثالثا) أن دفع حق اللّه الی غیر مستحقه لا یوجب فراغ الذمة، فیکون الدفع إلی الجائر کدفع الزکاة الی غیر مستحقها. و الکلام المزبور من العلامة- و ان کان فیه الخلل- إلا أن ظاهره اختصاص الحکم بصحة المعاملة بالأراضی الخراجیة عندنا. و أما الأنفال فالثمرة و الزرع فیها للزارع و مالک الأشجار، و تملک الأرض بالإحیاء علی ما یأتی.

(۲) فإنه لا یبعد شمول مثل قوله (ع): «لا بأس بأن یتقبل الأرض و أهلها من السلطان.» للأراضی التی تکون من الأنفال و المجهول مالکها مما یتصرف فیها السلطان، بخلاف الأراضی المملوکة للأشخاص، کما فی الأراضی التی أسلم أهلها طوعا، فإنها ملک لأربابها الذین أسلموا طوعا حتی عند المخالفین.

و الحاصل ان تصرفه فیها- کتصرفه فی ملک شخصی لمسلم فی کونه جورا و عدوانا- خارج عن موضوع الأخبار الواردة فی قبالة الأرض و المعاملة علی خراجها.

(۳) أی ان الروایات المشار إلیها لیست فی مقام بیان إمضاء الشارع معاملة السلطان علی الأرض أو خراجها، حتی یتمسک بإطلاق السلطان فیها فی الحکم بعموم الجواز، و انه لا فرق فی الإمضاء بین السلطان المخالف الذی یدعی لنفسه الزعامة الشرعیة علی عامة المسلمین، و بین المخالف أو الموافق الذین لا یدعون تلک الزعامة و الخلافة، فإن صحیحة الحلبی ناظرة- بعد الفراغ عن جواز قبالة الأرض من السلطان- الی جواز إدخال تقبل جزیة الرؤوس فی تقبل الأراضی التی یسکنها أهل الذمة، و أنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۶۲

لأن المراد بشبهتهما (۱)

لا بأس بهذا الإدخال، فيرفع اليد بها عن ظاهر ما دل على عدم جواز ذلك.

و أما رواية الفيض بن مختار فهى ناظرة إلى بيان انه بعد تقبل الأرض من السلطان لا بأس بإعطائها لساكنيها بأكثر مما تقبل به. و بعبارة أخرى ليس فيها بيان جواز تقبل الأرض من السلطان، بل بيان حكم آخر بعد الفراغ عن الأول.

و أما صحيحة محمد بن مسلم و ابى بصير معا عن ابى جعفر (ع)، فهى ناظرة الى عدم ثبوت الزكاة على الزارع فيما يأخذه السلطان منه بعنوان الخراج. و أما أن أخذه بذلك العنوان أو معاملته عليه بعد أخذه ممضاة أم لا، فلا دلالة لها على ذلك أصلا، قال (ع) فيها: «كل ارض دفعها إليك السلطان، فما حرثته فيها فعليك مما اخرج اللّه منها الذى قاطعك عليه، و ليس على جميع ما اخرج اللّه منها العشر، إنما عليك العشر فيما يحصل فى يدك بعد مقاسمته لك» «۱».

(۱) أى أن مرادهم بالشبهة فى قولهم: (ما يأخذه الجائر لشبهة المقاسمة و الزكاة) هى شبهة استحقاق أخذهما الحاصلة من رعاية مذهب العامة، نظير شبهة استحقاقه سائر الأموال التى يأخذه من الرعية بعنوان كونه ولى الأمر، و هذه الشبهة لا تتصور فى حق الموافق، لان مذهبه أن ما يأخذه من الرعية باسم الخراج أو الزكاة كسائر الأموال التى يؤخذ منهم ظلما، و لو كانت له شبهة فهى اعتقاده الشخصى: بأن له الأخذ من أموال الناس للتحفظ على نظام الحكومة و أمن البلاد، و لو كان هذا الاعتقاد بسبب صحيح كالاجتهاد و التقليد، فيجوز له الأخذ و التحفظ على ذلك النظام.

و الأمن، و الا لكان باطلا لا يصح لأحد ترتيب الأثر على تصرفاته.

(أقول) لا يعتبر فى السلطان أو عماله شبهة الاستحقاق بحسب المذهب، بل الروايات ظاهرة فى إمضاء تصرفات السلطان و عماله فى الأراضى الخراجية، و خراجها و مقاسمتها و الزكوات و جزية الرؤس، و ليس لنا سبيل إلى إحراز أن الزعماء فى ذلك

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۶) الباب: (۷) من أبواب زكاة الغلات- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۱، ص: ۳۶۳

فسر صاحب إيضاح النافع (۱)

[الخامس لا يعتبر فى حل الخراج المأخوذ ان يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الأخذ للأخذ]

لا يعتبر فى حل الخراج المأخوذ ان يكون (۲)

الزمان كانوا معتقدين باستحقاقهم شرعا لتلك التصرفات. و لعل كان بعضهم- كما قيل- فى هارون و مأمون على اعتقاد بأنهم ليسوا أهلا لها، و انما لم يتركوها لأهلها، لان حلاوة الزعامة كانت تمنعهم عن ذلك.

و الحاصل أن المتيقن من تلك الاخبار أن من كان له دعوى الزعامة الشرعية على عامة المسلمين، فتصرفاته و تصرفات عماله فى الأموال المزبورة ممضاة، سواء كانت التصرفات لشبهة الاستحقاق أم لمجرد دعوى الولاية عليها. نعم قد تقدم عدم ورود الروايات لبيان هذا الإمضاء حتى يتمسك بإطلاقها بالإضافة الى غير هذا السلطان و عماله، كما لا يخفى.

(۱) يعنى أنه فسر الجائر فى كلام النافع بمن تقدم على أمير المؤمنين (ع)، و من تبع اثر أولئك الثلاثة. و من الظاهر أنهم كانوا يدعون الولاية الشرعية على المسلمين.

(۲) هـذا الأمر لبيان عـدم الفرق- فى الزارع المأخوذ منه الخراج أو نحوه- بين كونه مخالفا يعتقـد ولاية السـلطان على الرعية، أو كونه موافقا لا يرى للجور ولايـة عليه أو على سائر المسـلمين، فإنه يجوز فى الصورتين أخذ الخراج منه أو عماله معاوضة أو مجانا، كما تبرأ ذمة الزارع من الحقوق الواجبة بأخذه أو أخذ عماله.

و يشـهد لعدم الفرق إطلاق بعض الاخبار الواردة فى شـراء الخراج أو الزكاة من السـلطان أو عامله، فإنه لم يرد فيها اعتبار كون الزارع أو مالك النصاب مخالفا، بان يقال:

لا بأس بشـراء الخراج فيما إذا لم يؤخـذ من أصـحابكم، بل المفروض فى صـحيحة الحـذاء المتقدمـة كون الزكاة مأخوذة من الشـيعة، حيث أنه مما ورد فيها «قيل له فما ترى فى مصـدق يجيئنا فيأخـذ منا صـدقات أغنامنا، فنقول بعناها فيبيعناها، فما تقول فى شـرائها منه؟ فقال: إن كان أخذها و عزلها فلا بأس» و مثلها ما ورد فى جواز احتساب الزكاة بما يأخذه السلطان و عماله، كما فى صحيحة عيص بن القاسم المتقدمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۶۴

....

و اما ما ذكره المصنف (ره) من اختصاص رواية إسحاق بن عمار المتقدمة أيضا بالأخذ من الموافق، فلم يعلم وجهه، كذا بعض أخبار قبالة الأرض فراجع.

و أدرج البعض، المقام فى قاعـدة الإلزام، و ذكر أن حل الخراج- أو غيره بالأخذ من السـلطان أو عماله مجانا أو معاوضة- مختص بما إذا كان المأخوذ منه مخالفا، و أن مقتضى إلزام المخالف بمقتضـى مذهبه من ولاية السلطان عليه هو جواز المأخوذ منه لمن تلقاه من السلطان أو عماله معاملة أو مجانا.

و لا_ يخفى أنه على ذلـك و إن اختص الحكم بمـا إذا كـان المأخوذ منه مخالفا، إلا أن المال المأخوذ يعم غير الخراج و المقاسـمة و الزكـاة، كالمـأخوذ من الرعيـة بعنوان الضـريبة و العشور أو غيرهمـا، فان اعتقاد المخالف بولايتهم على رعاياهم فى هـذا الأخـذ أيضـا للحفظ على النظام و الأمن يكون مجوزا لإلزامه بمعتقده، و كذا يعم الحكم ما إذا لم يكن السـلطان مدعيا للخلافة و الزعامة على عامة المسلمين.

و لكن الكلاـم فى اعتبـار القاعـدة المزبورة بإطلاقها، فنقول: إذا رأى المخالف على مـذهبه كونه ملزما بحكم ينتفع من ذلك الحكم، الموافق، كما إذا انحصـر الوارث من الطبقة الأولى بالبنت الواحدة التى ترى بمقتضـى مذهبها أن النصف الباقى من تركة أبيها للعصبة، فيجوز لأخيهـا المؤمن أخـذ ذلـك النصف و إلزامهـا بمـذهبها. و هـذا فى الإرث منصوص، و التعـدى- إلى سائر الموارد التى يحتمل الفرق فى الحكم بينهـا و بين الإـرث- لا يخلو عن مناقشـة، لضـعف سـند بعض ما ورد فى ذلك الباب، مما يظهر منه الإطلاق، و كـذا يلزم المخالف بالنكاح أو الطلاق الواقع على مـذهبه، و إن كانا باطلين عنـدنا. و هذا أيضا مسـتفاد من النصوص. بل يلزم الكفار ايضـا بالنكـاح و الطلاـق الواقعين على رسومهم، و ايضـا ورد النص فى جواز أخـذ ثمن الخمر أو الخنزير من الكـافر، فيمـا إذا بـاع الخمر أو الخنزير لمثله، و يتعدى الى سائر المعاملات الفاسدة من البيع و الإجارة و نحوهما. و أما القاعدة الكلية- التى يؤخذ بها فى كل مورد و لو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۶۵

[السادس ليس للخراج قدر معين]

السادس ليس للخراج قدر معين (۱)

مع احتمال الفرق فی الحکم الواقعی فأقامه الدلیل علیها مشکلة، فتدبر.

(۱) هذا الأمر لبیان عدم التحدید لمقدار الخراج، بل بما أنه فی الحقیقة أجرة الأرض التی تملکها المسلمون، فیکون کسائر الموارد تابعا لتراضی المتعاملین قل أو کثر. نعم إذا استعمل الأرض قبل المعاملة علیها کان علی مستعملها اجرة المثل و أما تعیین الأجرة قبل استعمالها فیکون بالمعاملة فقط.

و ذکر (ره) أن هذا منسوب الی ظاهر الأصحاب. و یدل علیه قول ابی الحسن (ع) فی مرسلة حماد بن عیسی: «و الأرض التی أخذت عنوة بخیل و رکاب فهی موقوفة متروکة فی ید من یعمرها و یحییها علی صلح ما یصالحهم الوالی علی قدر طاقتهم من الخراج النصف و الثلث و الثلثان، و علی قدر ما یکون لهم صلاحا و لا یضر بهم.» «۱»

و أنه یستفاد من هذه المرسلة تحدید الخراج أو المقاسمة فی ناحیة الکثرة بعدم إضرارهما بالزارع، بحیث یترک الفلاح الزراعة و لا یختارها إلا- إجبارا. و علی ذلک، فلو قبل الأرض بما یضره فیحتمل حرمة جمیع ما یؤخذ من مستعمل الأرض، بأن یکون أصل المعاملة باطلة، و یحتمل حرمة المقدار الزائد أی فساد المعاملة بالإضافة الی ذلک المقدار.

و لکن الصحیح هو التفصیل، بأن مستعمل الأرض لو کان مختارا فی استعمالها بلا حرج علیه فی ترکها کان مقدار الخراج ما تراضیا علیه، حتی فیما إذا کان زائدا علی المتعارف و غیر صلاح للزارع. و أما إذا کان مضطرا الی استعمالها، بأن کان ترکها حرجا علیه، کما إذا کانت تلک الأرض مزرعة له مدة، بحیث یکون ارتحاله عنها شاقا علیه ففی مثل ذلک یحکم بفساد المعاملة أو فساد الزائد.

(أقول): الأظهر بطلان المعاملة فی الصورتین، فان السلطان و عماله لیست لهم ولایة التصرف فی تلک الأراضی بما یکون فیه إضرار بالمسلمین، و لم یمض من

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۶) الباب (۲) من أبواب الخمس الحدیث (۴)

....

تصرفاتهم فیها ما یکون موجبا لترک الناس الأراضی التی کانوا یستعملونها و الالتجاء الی مکاسب اخری بدلا عن الزراعة و توفیر الغذاء للناس، و فی ذلک فساد للبلاد و فقر لأهلها. و هذا نظیر ما وکله الغیر فی بیع ماله أو إجارته بعوض محدود فی ناحیة کثرته، و کان التحدید لغرض عقلائی، فباعه الوکیل أو آجره بأزید من ذلک العوض، فإنه یکون البیع أو الإجارة باعتبار عدم وکالته فیهما باطلة. و أما احتمال بطلانها بالإضافة إلی المقدار الزائد فضعیف، فان التبعیض فی المعاملة بحسب صحتها یختص بموارد انحلالها، کما إذا باع شیئین بصفقة واحدة، أو آجر العین مدة، فإن انحلال البیع بالإضافة الی کل منهما، و انحلال الإجارة بحسب أبعاض المدة صحیح.

و أما انحلالها بالإضافة الی بعض الثمن أو بعض الأجرة، بأن تتم المعاملة و یقع تمام المبیع بإزاء بعض الثمن أو تمام المدة بإزاء بعض الأجرة، فهذا لیس من انحلال المعاملة. و علی ذلک یبتنی الحکم ببطلان البیع الربوی و عدم اختصاص البطلان بالمقدار الزائد، کما إذا باع خمسة کیلوات من الحنطة بعشرة کیلوات من حنطة أخری، فإنه لا- یمکن الحکم بصحة البیع بالإضافة إلی مبادلة خمسة کیلوات بخمسة، و بالبطلان بالإضافة إلی الخمسة الزائدة، فإن مبادلة الخمسة بالخمسة لم تنشأ حتی یعمها مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ بل المنشأ مبادلة الخمسة بالعشرة، و هذه المبادلة إنما تنحل بالإضافة إلی مبادلة نصف الخمسة بنصف العشرة، و ربع الخمسة بربع العشرة و هکذا، بخلاف الربا فی باب القرض، فإنه لا یوجب بطلان عقد القرض، فان القرض و الاقتراض فی حقیقتهما تملیک المال

و تملكه بالضمان، و معنى الضمان اشتغال الذمة بمثل ذلك المال فى المثليات، و بقيمته فى القيميات، فالزيادة تكون شرطا فيهما. و بما أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل العقد يصح القرض و الاقتراض و يبطل الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۶۷

[السابع ظاهر إطلاق الأصحاب أنه لا يشترط فيمن يصل إليه الخراج أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية]

السابع ظاهر إطلاق الأصحاب (۱)

و يترتب على ما ذكرنا أنه لو ترك المستعمل، الأرض التى تقبلها من السلطان بما يضره، لم يكن عليه شيء لا الأجرة المسماة لفساد القبالة، و لا اجرة المثل، فان تلك الأجرة لا تثبت فى صورة ترك استعمال الأرض و رفع اليد عنها.

(۱) نسب (ره) فى هذا الأمر إلى ظاهر كلمات الأصحاب عدم اعتبار الاستحقاق فى من يأخذ الزكاة أو الخراج من السلطان أو عماله مجانا، و نقل عن المحقق الكركى نسبة ذلك الى إطلاق الاخبار، و ناقش فيه بأن الأخبار واردة فى شراء الخراج أو الزكاة أو تقبل الأرض من السلطان، و لا يعتبر فى المشترى أو المتقبل أمر زائد على ما فى اشتراء سائر الأموال من سائر الأشخاص. و لعله أراد إطلاق ما دل على حل جوائز السلطان، و لكن الأخبار الواردة فى حلها واردة فى اشخاص خاصة، فيحتمل كونهم مستحقين لبيت المال.

و الحاصل أن الحكم بنفوذ تصرف الجائر فى الخراج على الإطلاق بمعنى إمضاء تمليكه لغير مستحقيه أو إمضاء تفريقه على غير صلاح المسلمين مشكل، كما أن الحكم بنفوذ أخذه بأن يكون المأخوذ خراجا مطلقا و لو فيما إذا دفعه اليه مستعمل الأرض اختيارا أو تقبل الأرض منه كذلك، مع إمكان المراجعة إلى حاكم الشرع كان مشكلا (أقول): ورود أخبار حل الجوائز فى أشخاص خاصة ممنوع، فان فيها ما يكون من قبيل سائر الإطلاقات، كما فى صحيحة محمد بن مسلم و زرارة جميعا، قالا: «سمعناه يقول جوائز العمال ليس بها بأس» «۱» نعم لا شهادة لها على ما ذكره المحقق الكركى (ره) و ذلك لما ذكرنا سابقا من أن الجائزة بمقتضى قاعدة اليد محكومة بكونها ملك الجائر، و أن الجواز فى مثل الصحيحة حكم ظاهرى تكون غايته العلم بحرمتها، فلا يعم ما إذا أحرز كونها مغصوبة من شخص يعرفه الآخذ، أو أنها زكاة لا تحل لغير الفقير و هكذا.

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۲) الباب: (۵۱) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (۵)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۶۸

[الثامن: أن كون الأرض خراجية يتوقف على أمور ثلاثة]

[الأول كونها مفتوحة عنوة]

الأول كونها مفتوحة عنوة (۱)

و كأن المحقق الكركى مع ذكره إطلاق بعض الاخبار و ظاهر الأصحاب فى عدم اعتبار الاستحقاق فى الآخذ اعتبر الاستحقاق فيه و رفع اليد عن إطلاق ذلك البعض، و استظهره من كلام العلامة، و ذكر فى وجه اعتباره قوله (ع) فى رواية الحضرمى:

«ما يمنع ابن ابى السماك أن يبعث إليك بعطائك، أما علم أن لك فى بيت المال نصيبا» فان مقتضى ذلك ان حل بيت المال لأبى بكر باعتبار كونه ذا نصيب فيها.

و فيه أن قوله (ع) (أما علم) علة لتوبيخ ابن ابى السماك على تركه إرسال المال إلى السائل، فيستفاد منه حل بيت المال لمن يكون له

فیها نصیبا و أما عدم الحل لمن لا نصیب له بإعطاء الجائر و تملیکه، فهذا خارج عن مدلوله.

و أما استظهاره الاعتبار من کلام العلامـة، فلأن المأخوذ من الزارع و مستعمل الأرض بعنوان الخراج أو الزکاة خراج أو زکاة حقیقة، کما هو مقتضی کونهما حق اللّه و براءة ذمة المأخوذ منه من ذلک الحق، و إذا کان المأخوذ خراجا أو زکاة فیترتب علیه حکمهما من عدم جوازهما لغیر مستحقهما.

و فیه أنه لاـ منافاة بین کون المأخوذ خراجا أو زکاة و جوازهما لغیر مستحقهما بهبـة السلطان أو عماله باعتبار إمضاء هـذه التصـرفات کما مر.

(۱) أراضـی الکفـار- التی اسـتولی علیهـا المسـلمون بـالقهر و القتـال المعبر عنها بالمفتوحـة عنوة- ملک للمسـلمین علی المشـهور، لا لاشخاصـهم علی نحو التوزیع، و لا لعنوانهم علی نحو ملک الزکاة لعنوان الفقراء، بحیث یکون المأخوذ منها ملکا شخصـیا للأخذ، بل تلک الأراضی تکون باقیة علی حالها حتی بعد أخذها و استعمالها.

و مقتضـی تبعیة المنفعة للعین دخول منافعها من الخراج و المقاسـمة أو اجرة المثل فی بیت مال المسلمین المحکوم علیها بلزوم صرفها فی مصالحهم، و المتصدی لذلک من له الولایة علیهم علی ما مر فی ضمن الأمور المتقدمة.

و فی صحیحة الحلبی قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن السواد ما منزلته؟ فقال:

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۶۹

....

هو لجمیع المسلمین، لمن هو الیوم، و لمن لم یخلق بعد فقلت الشراء من الدهاقین؟

قال: لا یصلح إلا أن تشتری منهم علی ان یصیرها للمسلمین، فإذا شاء ولی الأمر أن یأخذها أخذها، قلت فإن أخذها منه قال یرد علیه رأس ماله، و له ما أکل من غلتها بما عمل» «۱».

و دلالة هذه علی ما ذکر لا تحتاج إلی مؤنة، فان ارض السواد إما مفتوحة عنوة کما علیه المشـهور، أو من ارض الصـلح بشـرط کونها للمسلمین، کما احتمله المصنف (ره) نعم البناء و الآثار لمستعمل تلک الأراضی، و لا تتبع رقبة الأرض، و لذلک یثبت للمستعمل حق بهـا، کما ربما یظهر ذلک من ذیل الصـحیحة أیضا، و نحوها روایـة أبی الربیع الشامی عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام، قال: «لا تشتر من ارض السواد شـیئا إلا من کانت له ذمة، فإنما هو فی للمسلمین» «۲» و المراد بمن له ذمة هو مسـتعمل الأرض أو الذی تقبلها بالمعاملة مع الوالی.

و بمثل هاتین الروایتین یرفع الید عن الإطلاق و العموم فی بعض الروایات الدالة علی کون الأراضـی ملکا للإمام علیه السـلام، کما فی صحیحة عبد الملک من قوله علیه السلام «یا أبا سیار الأرض کلها لنا» «۳» و ما فی روایة أبی خالد الکابلی عن ابی جعفر علیه السلام، قـال «وجـدنا فی کتـاب علی علیه السـلام أن الأـرض للّه یورثها من یشاء من عباده و العاقبـة للمتقین، أنا و أهل بیتی الـذین أورثنا اللّه الأـرض و نحن المتقون، و الأـرض کلها لنا، فمن أحیی أرضا من المسـلمین فلیعمرها، و لیؤد خراجها الی الامام من أهل بیتی، و له ما أکل منها «۴».

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) باب (۲۱) من أبواب عقد البیع و شروطه- الحدیث (۴)

(۲) وسائل الشیعة الجزء (۱۲) باب (۲۱) من أبواب عقد البیع و شروطه- الحدیث (۵)

(۳) وسائل الشیعة الجزء (۶) الباب: (۴) من أبواب الأنفال- الحدیث: (۱۲)

(۴) وسائل الشیعة الجزء (۱۷) الباب: (۳) من أبواب إحیاء الموات- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۷۰

....

هذا مع أن المراد من اللام فى (الأرض كلها لنا) الأعم من ملك العين و ملك التصرف، بشهادة قوله عليه السلام: (فما اخرج اللّه منها فى شىء فهو لنا) فإنه من الضرورى أن ما يخرج من الأرض من الثمار و الزرع يكون ملكا لزراعها و غراسها، و رواية أبى خالد لا تخلو عن المناقشة فى سندها.

(لا يقال) انها معارضة بما دل على ملك الأرض بالإحياء كصحيحة محمد بن حمران، قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها و هى لهم «۱»» (فإنه يقال) معارضة ذيل رواية الكابلى مع مثل الصحيحة لا تضر باعتبار صدرها الظاهر فى كون كل الأراضى ملك الامام عليه السلام.

و الحاصل انه لو فرض تمامية الروايتين بحسب السند و الدلالة، فلا بد من رفع اليد عن عمومهما بالتقييد الوارد فى روايات الأنفال، و أن ملك الإمام هى الأراضى التى لم يجر عليها القتال كموثقة إسحاق ابن عمار، قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هى القرى التى قد خرجت و انجلى أهلها فهى للّه و للرسول، و ما كان للملوك فهو للإمام، و ما كان من الأرض بخربة لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب، و كل ارض لا رب لها، و المعادن منها، و من مات و ليس له مولى، فما له من الأنفال «۲»».

فى صحيحة حفص بن البخترى، قال: «الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، و كل أرض خربة و بطون الأودية، فهو لرسول اللّه، و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء» «۳» و قريب منها، غيرهما.

---

(۱) وسائل الشيعة الجزء (۱۷) الباب: (۱) من أبواب إحياء الموات- الحديث: (۴)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۶) الباب: (۱) من أبواب الأنفال- الحديث: (۲۰)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۶) الباب: (۱) من أبواب الأنفال- الحديث: (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۷۱

....

فقد تحصل مما ذكرناه ان ما عن المحقق الإيروانى (ره) من أن الأراضى المفتوحة عنوة كسائر الأراضى ملك للإمام عليه السلام، و انما يكون للمسلمين الانتفاع بها- لا يمكن المساعدة عليه. نعم الأراضى- التى استولى عليها المسلمون بغير قتال، أو صالح أهل تلك الأراضى على كونها للإمام- تختص به (ع)، كما تدل عليه صحيحة حفص، و قريب منها غيرها، كرواية محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) قال: «سمعته يقول: الفىء و الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيه إراقة الدماء، و قوم صالحوا و أعطوا بأيديهم، و ما كان من أرض خربة أو بطون أودية، فهو كله من ألفى، فهذا للّه و لرسوله، فما كان للّه فهو لرسوله يضعه حيث يشاء و هو للإمام بعده» «۱» رواها الشيخ بسنده الى على ابن الحسين بن فضال، و فى سنده اليه ضعف، لوقوع على بن محمد بن الزبير فيه. و قد ذكرنا سابقا أن تجويز الامام (ع) العمل بكتب بنى فضال- على تقديره- لا يقتضى اعتبار كل خبر ثبت نقله عنها، و لو لم يثبت أو لم يكن رواتها بثقات، و إنما يقتضى أن فساد اعتقادهم لا يضر بجواز العمل برواياتهم فيما إذا حصل سائر شروط العمل بالخبر الواحد.

و الحاصل أن الرواية صالحة للتأييد فقط، و يلحق بالأراضى المفتوحة عنوة الأراضى التى صولح عليها، على أن تكون للمسلمين، كما هو مقتضى صحة الصلح و نفوذه، و لو صالحوا الكفار على بقاء أراضيهم فى ملكهم جاز، و تكون- كالأراضى التى أسلم أهلها طوعا و رغبة- باقية فى ملك أربابها، كما يدل على ذلك- مضافا الى كونه مقتضى نفوذ الصلح- صحيحة البزنطى، قال: «ذكرت لأبى

الحسن (ع) الخراج و ما سار به أهل بیته، فقال العشر و نصف العشر علی من أسلم طوعا، ترکت أرضه فی یده و أخذ منه العشر و نصف العشر فیما عمر منها. و ما لم یعمر منها، أخذه الوالی فقبله ممن یعمره، و کان للمسلمین، و لیس فیما کان أقل من خمسة أو ساق شیء.

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۶) الباب: (۲) من أبواب الأنفال- الحدیث: (۱۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۷۲

یثبت الفتح عنوة بالشیاع (۱)

و أما ما أخذ بالسیف فذلک الی الامام یقبله بالذی یری، کما صنع رسول اللّه (ص) بخیبر، قبل أرضها و نخلها.» «۱».

ظاهر قوله (ع) فذلک الی الامام أن له الولایة فی التصرف فیها، لا أنه ملکه، فإنه فرق بین التعبیر بأنه الی الإمام أو أنه للإمام (ع)، و الأول لا ینافی ما تقدم من أن المأخوذ عنوة ملک المسلمین، فإنه یکون ملکهم مع ثبوت الولایة للإمام (ع). نعم ما ذکر فی الصحیحة- من أن المیتة من الأراضی التی أسلم أهلها طوعا ملک المسلمین- ینافی ما تقدم من کون الأراضی المیتة من الأنفال، فلا بد من حمل المذکور فیها علی التقیة کما قیل، أو حمل اللام علی غیر افادة الملک من سائر الانتفاعات. هذه أقسام الأرضین فی کونها ملکا لأربابها أو للإمام (ع) أو للمسلمین.

(۱) یثبت الفتح عنوة و کذا الصلح علی کون الأرض للمسلمین بالشیاع المفید للعلم، و بشهادة العدلین، و لو کانت من قبیل الشهادة علی الشهادة، و بالشیاع المفید للظن المتاخم للعلم المعبر عنه بالاطمئنان. و ذکر المصنف (ره) أن الاکتفاء بالشیاع کذلک مبنی علی اعتباره فی کل مورد تکون إقامة البینة فیه عسرة، کنسب شخص أو کون مال وقفا أو ملکا مطلقا لا یتعلق به حق للآخرین، ککونه رهنا أو وقفا.

الصحیح أنه لو کان المراد بالظن المتاخم للعلم هو الاطمئنان فلا یختص اعتباره بصورة خاصة (ثم) إن العسر فی إقامة البینة علی إطلاق الملک مبنی علی عدم کفایة الید فی الشهادة بالملکیة المطلقة و إلا فلا عسر فی إقامتها کما لا یخفی. و لا اعتبار لغیر ما ذکر من الأمارات الظنیة حتی قول أهل التاریخ إلا إذا کان من قبیل خبر العدل أو الثقة، حیث أنه لا یمکن الاعتماد علی تلک الظنون فی مقابل أصالة عدم الفتح عنوة أو عدم الصلح علی کون الأرض للمسلمین.

(لا یقال): الرجوع إلی أهل التاریخ فی إحراز کون الأرض مفتوحة عنوة أو

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۱) الباب: (۷۲) من أبواب جهاد العدو- الحدیث: (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۱، ص: ۳۷۳

....

ارض صلح من قبیل الرجوع الی أهل الخبرة و لا یعتبر فی الرجوع إلیهم التعدد و العدالة بل یکفی کون أهل الخبرة ثقة (فإنه یقال): لم یحرز کون الحوادث فی أطراف الأرض و أکنافها من الأمور التی یحتاج إدراکها إلی نظر و اجتهاد لیندرج المخبر بها فی عنوان أهل الخبرة، بل الظاهر أن نقل تلک الحوادث لا یزید علی نقل سائر الأمور مما یکون نقلتها مجرد رواة لها.

(لا یقال): لا یمکن الرجوع الی أصالة عدم کون الأرض مفتوحة أو أرض صلح علی أنها للمسلمین، فإنه یعارضها أصالة عدم کونها ملکا لسائر الناس (فإنه یقال) إذا دار أمر الأرض بین کونها ملکا لسائر الناس فعلا أو من المفتوحة عنوة أو صلحا، فالمعارضة صحیحة

و يتساقط الأصلان، و تكون الأرض من المجهول مالكها. و أما فيما إذا احتمل أن لا يكون لها مالك فعلا، كما فى أرض خربة لا يحتمل بقاء مالكها الأول عادة، و لا يعلم له وارث، فيجرى أصلان و يحكم عليها بالأنفال. حيث أن مع أصالة عدم كونها من المفتوحة عنوة أو ملكا لسائر الناس تدخل الأرض فى عنوان ما لا رب له، المحكوم عليه بكونه ملكا للإمام (ع)، كما فى موثقة إسحاق بن عمار، قال:

«سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الأنفال؟ فقال: هى القرى التى خربت و انجلى أهلها- الى ان قال:- و كل ارض لا رب لها» «۱».

ثم إن الرجوع الى الأصل أو الحكم بكونها لمالكها المجهول إنما هو على تقدير عدم اليد على تلك الأرض أو اعتراف ذى اليد بعدم كونها ملكا له، و إلا حكم بكونها ملكا لذى اليد، فإنها أمارة على الملك.

و الحاصل أنه لو أراد شراء الأرض، فمع يد البائع عليها يحكم بكونها ملكا له، و مع عدم اليد فلا بد من المعاملة معها معاملة المجهول مالكها أو الأنفال، و كذا ما إذا أراد استيجارها كما لا يخفى.

ثم إنه لا يبعد اعتبار شهادة العدل الواحد فى الموضوعات أيضا، فإن الاعتناء

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۶) الباب: (۱) من أبواب الأنفال- الحديث: (۲۰)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۷۴

....

بخبر العدل و الثقة عليه سيرة العقلاء فى الأمور الراجعة إلى معاشهم و معادهم، بلا فرق فى ذلك بين كون الخبر المزبور حاكيا عن الحكم أو الموضوع، و لم يردع عنها الشرع إلا فى بعض الموارد، كالاخبار عن رؤية الهلال، كما يستفاد ذلك مما ورد من أنه لا عبرة فيها بغير شهادة رجلين عدلين، و مثلها ما إذا كان خبر العدل متضمنا للدعوى على الغير مالا- أو حقا، فإنه لا يرفع اليد فى تلك المقامات عن مقتضى قاعدة اليد أو أصالة الصحة و نحوهما بمجرد قيام خبر العدل، كما يستفاد ذلك من الاخبار الواردة فى القضاء، بل لا اعتبار به فى موارد قاعدة اليد مطلقا و لو لم تكن أخباره فى موردها من قبيل الدعوى على الغير. و يؤيد- اعتبار خبر العدل بل الثقة فيما ذكرنا- فى جواز الاعتماد على أذان الثقة و اخبار الثقة عن زوجية امرأة يريد تزويجها، و التعبير بالتأييد باعتبار أنه لا يمكن التعدى منهما إلى سائر الموارد مع الإغماض عن السيرة المشار إليها، حيث أنهما من قبيل النص فى مورد خاص.

(لا يقال) الاخبار بكونه زوجا لامرأة يريد الآخر تزويجها من قبيل الدعوى على الغير (فإنه يقال): الاخبار كذلك لا يكون من قبيل الدعوى بالإضافة الى من يريد تزويجها، و إنما تكون دعوى على المرأة، و ظاهر الرواية اعتبار خبر الثقة بالإضافة الى من يريد تزويجها، و هى ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعة عن سماعة، قال: «سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة أن هذه امرأتى، و ليست لى بينة، فقال: إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه».

لا يقال ظاهر رواية مسعدة بن صدقه عدم العبرة فى الموضوعات إلا بشهادة رجلين، قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول: كل شىء لك حلال حتى تعرف انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهرا، أو امرأة تحتك و هى أختك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۷۵

و أشكل منه إثبات ذلك باستمرار السيرة (۱)

أو رضیعتک، و الأشیاء کلها علی هذا حتی یستبین لک غیر ذلک أو تقوم به البینهٔ» «۱» فإن مقتضی الحصر المستفاد منها عدم الاعتبار بغیر شهادهٔ العدلین، و لا یبعد کون الروایهٔ موثقهٔ لثبوت التوثیق العام لمسعدهٔ، لوقوعه فی أسناد تفسیر علی بن إبراهیم و کامل الزیارات، و لکنها لا تصلح للردع عن اعتبار خبر الثقهٔ فی الموضوعات. و ذلک فان المراد بالبینهٔ لیس خبر العدلین، بل من المحتمل لو لم یکن ظاهرا- انها ما یوضح الواقع کما تستعمل فیه لغهٔ فلاحظ موارد استعمالها فی القرآن. و المفروض أن خبر الثقهٔ یوضح الواقع کما هو مقتضی السیرهٔ المشار إلیها.

و (ثانیا) دلالتها علی عدم اعتبار خبر الثقهٔ فی الموضوعات حتی فی غیر موارد الدعوی علی الغیر و نحوها بالإطلاق أو العموم، فیرفع الید عنه فی غیر تلک الموارد بالسیرهٔ الجاریهٔ علی الاعتناء بخبر الثقات علی ما تقدم.

و الحاصل أنه لا بأس بالالتزام باعتبار خبر العدل أو الثقهٔ فی الموارد التی أشرنا إلیها، و منها الاخبار عن کون الأرض مفتوحهٔ عنوهٔ أو أنها للمسلمین فیما إذا لم تکن علی الأرض ید تقتضی کونها ملکا لذیها، کما إذا تقبلها الزارع من السلطان مع عدم ید لآخر یحتمل کونها له.

(۱) الشاک فی حال الأرض (تارهٔ) مستعملها الذی یتقبلها من السلطان أو من یأخذ من السلطان خراجها مجانا أو معاملهٔ (و اخری) من یأخذ الخراج ممن تلقاه من السلطان و الشاک فی الصورهٔ الاولی لا یجوز له تقبل الأرض أو أخذ خراجها. و ما قیل- من أن استمرار ید السلاطین علی أرض فی العصور المتتالیهٔ کاشف عن کونها للمسلمین و إلا فلو کان وضع الید علیها شیئا حادثا تعرض له أهل التواریخ- لا یمکن المساعدهٔ علیه، و ذلک فإنه یمکن حدوث الوضع و عدم تعرضهم لنقله، کما أهملوا الحوادث الکثیرهٔ. و مع الإغماض عن ذلک، فان عدم تعرضهم لحدوث ید السلطان

---

(۱) وسائل الشیعهٔ الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب ما یکتسب به- الحدیث (۴)

....

علیها فی زمان کذا لا یزید علی عدم تعرضهم لکون الأرض خراجیهٔ. و قد تقدم عدم الاعتبار بنص أهل اللغهٔ بکون الأرض خراجیهٔ، و کذا لا یمکن الحکم بالجواز باعتبار حمل تصرف السلطان فیها علی الصحیح، لأن الصحهٔ تکلیفا فی فعله مقطوع العدم، حیث أنه لا یجوز له التصرف فیها و لا فی خراجها، کانت للمسلمین أم لغیرهم. و الحمل علی الصحهٔ وضعا ایضا غیر ممکن، لعدم إحراز ولایته علی المعاملهٔ علیها أو علی أجرتها، و إحراز ولایته بقاعدهٔ الید- کما عن بعض- غیر صحیح، للعلم بأن یده علیها أو علی خراجها عدوانیهٔ، غایهٔ الأمر المعتدی علیه مردد بین کونه من سائر الناس أو کونهم المسلمین، کما لا مجال لدعوی أن أخذه الخراج من الأراضی الخراجیهٔ أقل فسادا من أخذه من غیرها، فیحمل أخذه علی کونه من الأراضی الخراجیهٔ.

و الوجه فی عدم المجال أنه لیس فی المقام الا محرم واحد، و هو تصرفه فی الأرض أو خراجها سواء کانت الأرض للمسلمین أم ملکا لسائر الناس. و لیس فی البین عنوانان محکومان بالحرمهٔ، و أحرز صدور أحدهما عن مکلف، و شک فی صدور الآخر، کما إذا لم یعلم أنه زنی فقط أو زنی و ظلم بإکراهه المرأهٔ علی الزنا، فان مقتضی أصالهٔ الصحهٔ عدم صدور الظلم بالإکراه، نعم لا یثبت بذلک رضا المرأهٔ بالزنا، کما هو المقرر فی محله، مع أن المهم فی المقام هو الحمل علی الصحهٔ وضعا. و ذکرنا أنه- للشک فی ولایهٔ السلطان علی المعاملهٔ علی الأرض أو خراجها- لا مجری لأصالتها.

و اما الصورهٔ الثانیهٔ أی الأخذ ممن تقبل الأرض أو خراجها من السلطان، فان احتمل فی حق الآخذ من السلطان الفحص و اطلاعه علی حال الأرض و تقبلها أو أخذ خراجها من السلطان بعد إحراز حالها، فلا بأس بحمل فعله علی الصحهٔ بأخذ الأرض أو خراجها منه. و

أما مع العلم بعدم التفات الآخذ الى ذلك أو اعتماده على قول بعض أهل التواريخ الذى لا- يصح الاعتماد عليه، فلا يجوز للغير المعاملة مع الآخذ، لعدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۷۷

[الثانى ان يكون الفتح بإذن الإمام (ع)]

الثانى ان يكون الفتح بإذن الإمام (ع) (۱)

إحراز اعتبار أصالة الصحة فى مثل هذه الموارد كما لا يخفى.

ثم إنه لا ثمرة للبحث فى فتح ارض العراق عنوة أو كونها للمسلمين شرطا فى الصلح، و ذلك لعدم ترتب اثر خاص على فتح الأرض بالعنوة، فان ما تقدم، من آثار كون الأرض للمسلمين و لو كان بالصلح. و دلالة الروايات على كون أرض العراق ملكهم واضحة. و فى صحيحة الحلبى أنه «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن ارض السواد ما منزلته؟ فقال: لجميع المسلمين لمن هو اليوم مسلم، و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد» «۱» و لذا ذكر المصنف (ره) أن مثلها يحتمل فتحها عنوة أو الدخول فى ملكهم صلحا. و أما غير ارض العراق فلم تدل على حالها رواية معتبرة، غير ما ورد فى فتح خيبر. و على ذلك فاللازم مراعاة ما تقدم تفصيله و اللّه العالم.

(۱) المنسوب الى المشهور اعتبار إذن الامام (ع) فى كون الأرض خراجية بفتحها عنوة، و بدون اذنه تكون الأرض من الأنفال. و يستدل على اعتباره بمرسلة العباس الوراق عن ابى عبد اللّه (ع)، قال: «إذا غزا قوم بغير اذن (ع)، فغنموا كانت كلها للإمام، و إذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس» «۲» و لكنها لضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها، مع أنها معارضة بما دل على أن الأرض المفتوحة عنوة ملك المسلمين، كمرسلة حماد بن عيسى عن ابى الحسن (ع)، و فيها: «و الأرضون التى أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهو موقوفة متروكة فى يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم.» «۳»

و النسبة بين هذه و مرسلة الوراق العموم من وجه، لان هذه خاصة بالأراضى و مطلقة بالإضافة إلى إذن الامام (ع) و عدمه، كما أن مرسلة الوراق مختصة بصورة

---

(۱) وسائل الشيعة: الجزء (۱۲) الباب: (۲۱) من أبواب عقد البيع- الحديث (۴)

(۲) وسائل الشيعة الجزء (۶) الباب: (۱) من أبواب الأنفال- الحديث: (۱۶)

(۳) وسائل الشيعة الجزء (۱۱) الباب: (۴۱) من أبواب جهاد العدو- الحديث: (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۳۷۸

....

عدم إذن الامام (ع) و مطلقة من حيث كون الغنيمة أرضا أو غيرها. و مورد اجتماعهما هى الأرض المفتوحة بغير إذنه (ع)، و بعد سقوط الإطلاق من الجانبين يرجع الى إطلاق الآية المباركة الدالة على خروج الخمس من مطلق الغنيمة الشاملة للأرض أيضا، فيكون باقى الأرض للمسلمين، لان تقسيم غير الخمس للمقاتلين كسائر الغنيمة غير محتمل، و كونه للإمام (ع) خلاف الآية، فتكون النتيجة عدم اعتبار إذنه (ع) فى كون الأرض خراجية.

هذا كله فى الكبرى أى فى اعتبار اذنه (ع) فى كون الأرض خراجية. و اما الصغرى أى إذنه (ع) فى الأراضى التى فتحت بعد النبى (ص)، فقد أشار إليه المصنف بقوله: (و الظاهر أن ارض العراق مفتوحة بالاذن) و يستفاد كونها كذلك مما دل على أن أرض العراق

ملک لجمیع المسلمین، کما فی صحیحة الحلبی المتقدمة آنفا، و قریب منها غیرها، حیث أنها لو کانت مفتوحة بغیر اذنه (ع) لما کانت للمسلمین.

و لا یبعد جریان حکم ارض العراق علی سائر الأراضی المفتوحة فی الإسلام، کما یظهر ذلک من صحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع)، قال: «سألته عن سیرة الإمام فی الأرض التی فتحت بعد رسول اللّه (ص)؟ فقال: إن أمیر المؤمنین (ع) قد سار فی أهل العراق سیرة فهم إمام لسائر الأرضین، و قال: إن ارض الجزیة لا ترفع عنهم الجزیة» «۱» حیث أن دلالتها- علی جریان حکم ارض العراق علی سائر الأراضی المفتوحة بعد رسول اللّه (ص)- واضحة، و لکن لا دلالة لها علی اعتبار اذن الامام (ع) فی کون الأرض للمسلمین بفتحها عنوة، کما لا یمکن الاعتماد فی ذلک علی روایة جابر الجعفی أو علی ما اشتهر من حضور أبی محمد الحسن (ع) فی بعض الغزوات، لأن روایة جابر ضعیفة، و مجرد نقل القمیین و ضبطها فی کتبهم لا یکون کاشفا عن اعتبارها، کما أن حضور ابی محمد (ع) فی بعض الغزوات لا یکشف عن إذن الامام

---

(۱) وسائل الشیعة الجزء (۱۱) الباب: (۶۹) من أبواب جهاد العدو- الحدیث (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۷۹

[الثالث ان یثبت کون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام (ع) محیاة حال الفتح]

الثالث ان یثبت کون الأرض المفتوحة (۱)

و رضاه، فلعل حضوره کان لرعایة التقیة، و عدم رضاه بذلک الحرب کان لأجل المحذور فی المحاربة فی ذلک الوقت، حیث انه ربما لا یکون فتح بلد فی وقت معین صلاحا، لتوقفه علی التضحیة بأرواح المسلمین و أموالهم کثیرا، بخلاف تأخیره إلی وقت آخر.

و ما ذکره المصنف (ره)- فی کشف إذن الامام (ع) فی تلک الغزوات بحمل غزوهم علی الصحة- لا یمکن المساعدة علیه، فان الغزو بدون اذن الامام (ع) لیس بمحرم، خصوصا فی ذلک الزمان الذی لم یکن فیه خیار للمقاتلین فی مخالفة أمیرهم.

و ایضا الحمل علی الصحة انما یتم فیما إذا لم یکن للغزو بغیر إذنه اثر لیحکم بفساده، و اثر الغزو بدون اذنه کون الغنیمة للإمام (ع).

(۱) ذکر (ره) فی هذا الأمر بأن إخراج الخمس من الغنیمة یجری فی الأراضی المفتوحة عنوة و نسب ذلک الی المشهور، و أن ما یکون للمسلمین بعد خراج خمسها هی المحیاة أی المعمورة حال الفتح. و أما المیتة منها فهی کالمیتة من سائر الأراضی تکون من الأنفال، بل قیل بعدم الخلاف فی اعتبار الحیاة الفتح.

(أقول): أما الأول فقد ذکر فی وجهه دلالة قوله سبحانه أَنَّمٰا غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْءٍ. «۱» علی اعتبار الخمس فی الغنیمة الشاملة بإطلاقها للأراضی المفتوحة.

و لم یذکر فی الآیة قسمة باقیها علی المقاتلین لیکون ذکرها قرینة علی کون المراد بالغنائم هی الأموال المنقولة.

و فیه أن الأظهر عدم الخمس فی الأراضی المفتوحة بل الأرض بتمامها للمسلمین، فإن الأرض المزبورة فرد من الغنیمة. و قد دل الدلیل علی أنها لجمیع المسلمین أی بتمامها. و هذا الظهور باعتبار کونه ظهور الخاص و بیانا لحکم فرد من الغنیمة مقدم علی إطلاق الآیة.

---

(۱) سورة الأنفال (۸)- الآیة (۴۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۸۰

نعم لو مات المحیاة حال الفتح فالظاهر بقائها علی ملک المسلمین (۱)

و (اما الثانی) أی اعتبار الحیاة فیما یکون للمسلمین بحیث تکون الموات حال الفتح داخلة فی الأنفال، فقد ذکر المصنف (ره) فی وجهه عموم ما دل علی أن الموات من الأنفال، کما فی صحیحة حفص عن ابی عبد اللّه (ع)، قال: «الأنفال ما لم یوجف علیه بخیل أو رکاب أو قوم صولحوا أو قوم أعطوا بأیدیهم، و کل أرض خربة و بطون الأودیة فهو لرسول اللّه (ص) و هو للإمام بعده یصنعه حیث یشاء» «۱» و نحوها غیرها.

(لا- یقال): یعارض ذلک العموم ما دل علی أن المفتوحة عنوة للمسلمین، فإنه یعم الأرض المعمورة و المیتة معا، و أجاب (ره) عن ذلک بأن الإجماع المحکی- علی دخول المفتوحة عنوة فی ملک المسلمین- لا یعم الأراضی المیتة، فإن الداخل فی ملکهم بعنوان الغنیمة، و هذا العنوان یختص بما کان ملکا للکافرین، و لا یعم الأراضی المیتة التی هی من الأنفال للإمام (ع) قبل الفتح و بعده، و کانت ید الکفار علیها ید عدوان.

و اما الروایات کصحیحة الحلبی الواردة فی حال ارض السواد أی العراق، فظاهرها أیضا کون الداخل فی ملکهم بعنوان الغنیمة التی لا تصدق علی الأراضی التی لم تکن ملکا للکفار (أقول) لم یظهر مما ورد فی کون المفتوحة عنوة ملک المسلمین أن الداخل فی ملکهم ما کان لأشخاص الکفار، بل یعم الأراضی التی کانت فی أیدیهم من المعمورة و المخروبة، فلاحظ صحیحة محمد الحلبی المتقدمة الواردة فی أرض السواد، بل مقتضی تقیید الأرض الخربة- فی موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة بما لم یوجف علیه بخیل و لا رکاب- عدم جریان حکم الأنفال علی الخربة التی أوجف علیها بالخیل، حیث انها واردة فی مقام تحدیدها.

(۱) قد یقال: أن ما ورد- من کون المفتوحة عنوة موقوفة متروکة فی ید من یعمرها، و أنها ملک المسلمین بإطلاقه- یعم بقاء الأرض علی الحیاة أو لا، کما أن موثقة

---

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۶) باب: (۱) من أبواب الأنفال- الحدیث: (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۸۱

....

إسحاق بن عمار- المتقدمة الدالة علی کون الخربة من الأنفال بإطلاقها- تعم ما إذا طرأ الخراب علی المفتوحة عنوة، و بعد تساقط الإطلاق من الجانبین یرجع الی استصحاب بقاء الأرض علی ملک المسلمین.

و ذکر السید الخوئی طال بقاه أنه یحکم بعد طروء الخراب علی المفتوحة، بأنها من الأنفال، حیث أن شمول- ما دل علی کون المفتوحة ملکا للمسلمین لما بعد الخراب- بالإطلاق، و دلالة کون- کل خربة ملک الامام- بالعموم، و عند تعارضها یقدم العموم الوضعی، لعدم تمامیة مقدمات الإطلاق معه.

و الحاصل: أنه لا تصل النوبة إلی الاستصحاب لیقال بأن مقتضاه بقاء الأرض علی حالها فی کونها ملکا للمسلمین.

و فیه أن لازم ما ذکر الالتزام بخروج الأرض عن ملک محییها بمجرد خرابها، فان شمول ما دل علی أن (من أحیی أرضا فهی له) لما بعد الخراب بالإطلاق، فیقدم علیه العموم الدال علی ان الخراب ملک للإمام (ع)، بل مقتضی هذا العموم دخول الأرض بالخراب فی ملکه (ع)، حتی فیما إذا کان ملک الغیر بالإرث أو الشراء أو نحو ذلک.

و لا أظن أن یلتزم طال بقاه بذلک.

و الأظهر ما ذکره المصنف (ره) من عدم خروج الأرض بالخراب عن ملک المسلمین لا للاستصحاب، لیقال أنه لا تصل النوبة إلیه فی

المقام، بل لتقیید الخربة فی موثقة إسحاق بن عمار الواردة فی مقام بیان الأنفال، بالتی لم یوجف علیها بخیل أو رکاب، و بانجلاء أهلها، و لدلالة صحیحة سلیمان بن خالد علی عدم خروج الأرض الخراب عن ملک مالکها، قال: (سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یأتی الأرض الخربة فیستخرجها، و یجری أنهارها و یعمرها و یزرعها ما إذا علیه؟ قال: الصدقة قلت فان کان یعرف صاحبها فلیؤد إلیه حقه» «۱» حیث أن مقتضی ثبوت اجرة المثل علی معمر الأرض

(۱) وسائل الشیعة: الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب احیاء الموت الحدیث (۳)

و مع الشک فیها فالأصل العدم (۱)

عدم خروجها عن ملکیة مالکها، و لا- یحتمل الفرق بین طرو الخراب علی الأرض التی تکون ملکا لشخص أو کونها ملکا لعنوان المسلمین. نعم ربما یظهر- خروجها إلی ملک عامرها و إن کان ملکا لآخر من قبل، من صحیحة معاویة بن وهب، قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: أیما رجل أتی خربة بائرة فاستخرجها و کری أنهارها و عمرها فان علیه فیها الصدقة، فإن کانت أرضا لرجل قبله فغاب عنها و ترکها فأخربها، ثم جاء بعد یطلبها، فإن الأرض للّه و لمن عمرها» و لکن هذه مطلقة من جهة إعراض المالک الأول و عدمه، فیحمل علی صورة الإعراض، لظهور صحیحة سلیمان بن خالد فی خصوص عدم الاعراض کما لا یخفی.

ثم إنه لا دلالة لصحیحة سلیمان بن خالد علی جواز استعمال الأرض و إحیائها و لو بلا رضا مالکها. و الوجه فی عدم دلالتها عدم ورودها فی بیان هذه الجهة، حیث أن السؤال فیها عن الحق الثابت علی مستعملها.

و الحاصل أن مقتضی احترام مال المسلم عدم جواز التصرف فی أرضه بدون رضاه. و ما ورد- من سقوط احترام الملک فی مورد تعطیل المالک، الأرض ثلاث سنین أو عشر سنین- لضعفه لا یصلح للاعتماد علیه.

(۱) ثم انه بناء علی اعتبار الحیاة حال الفتح تدخل الأرض فی ملک المسلمین علی تقدیر حیاتها، و علی تقدیر مماتها حاله تدخل فی ملک محییها، ثم الی غیره بالإرث أو غیر ذلک، و إذا شک فی حال الأرض زمان فتحها، فان کانت بید من یدعی الملکیة لها فیحکم بکونها ملکا له، و علی تقدیر عدم الید أو اعتراف ذی الید بأنها لیست له، أو کونها بید السلطان الجائر المعلوم عدم ولایته علیها، یدور أمرها بین کونها ملک المسلمین أو ملکا لشخص آخر أو ملک الامام (ع) لانقضاء المالک الشخصی و ورثته فالأصل عدم کونها عامرة حال فتحها، کما أن الأصل عدم کونها فعلا لشخص آخر و نتیجة الأصلین کونها من الأنفال علی ما تقدم.

و ما ذکر المصنف (ره)- من لزوم الجمع بین رعایة حکم أرض الخراج و

فینزل علی ان کلها کانت عامرة (۱)

حکم المال المجهول مالکه أو القرعة فیها- لا یمکن المساعدة علیه نعم الأول احتیاط مستحب.

(۱) لا- یحتمل ذلک عادة، بل إطلاق أرض السواد باعتبار غلبة الحیاة علی أراضیها و ما ذکره- من تأیید کون ارض العراق بتمامها عامرة بتحدید ارض الخراج بما فی المنتهی و غیره- ضعیف بل لم یعلم وجه التأیید فتدبر. الی هنا انتهی ما أردنا إیراده فی المکاسب المحرمة و یتلوه کتاب البیع ان شاء اللّه تعالی و الحمد للّه أولا و آخرا.

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

[الجزء الثانی]

اشارة

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

کتاب البیع

[تعریف البیع]

و هو فی الأصل کما عن المصباح مبادلة مال بمال (۱).

---

(۱) حکی (ره) عن المصباح ان البیع لغة مبادلة مال بمال، و ذکر ان المتبادر من استعمالات لفظ البیع اختصاص المعوض المعبر عنه بالمبیع، بالعین، و لو قال بعث عینا، لکان ذکر العین تأکیدا کما انه لو قال بعت داری أو عبائی، یکون الذکر لتعیین العین التی یستفاد من البیع تملیکها بعوض.

و الحاصل لا- یطلق البیع علی مبادلة غیر الأعیان إلا تسامحا کما فی بعض الاخبار و بعض کلمات الفقهاء کالتی ذکر فیها بیع خدمة العبد المدبر، و بیع سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها، و بیع الأرض الخراجیة، فإن بیع خدمة العبد لا یکون الا بمعنی تملیک عمله، و بیع سکنی الدار بمعنی تملیک منفعتها ای قابلیتها للسکنی و کذا بیع الأراضی الخراجیة، فإن نفس تلک الأراضی لا یجوز بیعها کما مر فیکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴

....

المراد المعاملة علی منفعتها فإطلاق البیع علی تملیک المنفعة فی مثل هذه الموارد کإطلاق الإجارة علی تملیک العین فی غیرها مجازی.

و فی صحیحة الحلبی قال تقبل الثمار إذا تبین لک بعض حملها سنة و ان شئت أکثر. و ان لم یتبین لک ثمرها فلا تستأجر «۱».

و المراد بالاستیجار الابتیاع لأن إجارة الشجر قبل ظهور الثمرة صحیحة، فالنهی باعتبار شراء الثمرة قبل حصولها، و لذا نقل فی الوسائل الروایة فی باب البیع، و لیس المراد افتراق الإجارة عن البیع فی المتعلق، و انه یکون متعلق الإجارة المنفعة و متعلق البیع العین لیقال بأنه لا فرق بینهما فی هذه الجهة حیث ان الإجارة أیضا تتعلق بالعین، و یقال آجرت الدار سنة بکذا بل المراد افتراق التملیک فی البیع، عن التملیک فی الإجارة. فی ناحیة المتعلق، حیث ان متعلقة فی الإجارة المنفعة، و فی البیع نفس العین.

و بعبارة أخری تعلق التملیک فی الإجارة بالمنفعة مقتضی نفس الإجارة، فإن معناها تملیک المنفعة نظیر ما یقال ان الأمر یتعلق بالطبیعة دون الوجود و ان الوجود یستفاد من نفس الأمر، حیث انه طلب الإیجاد، و المراد بالعین مقابل المنفعة، و الحقوق، لا خصوص العین الخارجیة فعلا، بل ما لو حصل فی الخارج لکان عینا لا منفعة، و لا حقا، فیعم التعریف بیع الدین و نحوه.

ثم انه یبقی فی البین ان عنوان البیع ینطبق عرفا علی نقل بعض الحقوق الی الغیر بالعوض کما إذا ترک له حق سبقه الی السوق أو الی بعض الخانات أو المسجد و نحوها، و دعوی المسامحة فی الإطلاق لا تخلو عن المجازفة، حیث لا تری فیه ای مسامحة أو تجوز، فالمنع عن جریان الأحکام المختصة بالبیع

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب بیع الثمار حدیث: ۴.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵

....

علی ذلک النقل، بان لا یکون فیه خیار المجلس، و التلف قبل القبض، و نحوهما مشکل جدا.

نعم لا یطلق البیع علی تملیک المنفعة بل قوله ملکت منفعة الدار سنة بکذا بمنزلة قوله آجرتها بذلک العوض، و لو قال بعت منفعتها سنة بکذا یجری علیه أحکام الإجارة بناء علی ما هو الأظهر من صحة الإجارة و نحوها بما إذا کان إنشائها بالکنایة أو المجاز الظاهرین.

و یبقی ایضا ان البیع بحسب الظهور العرفی فعل البائع، و ان یکون صدقه علیه موقوفا علی تحقق القبول من المشتری، و لکن الشراء لا یکون بیعا، و المبادلة من باب المفاعلة یصدق علی فعل کل من البائع و المشتری، فلا یکون تعریف المصباح الا من باب المسامحة و التعریف اللفظی المعتبر فیه تبدیل لفظ بلفظ آخر یکون أوضح فی الدلالة من دون اعتبار التساوی فی الصدق.

نعم ربما یستعمل لفظ البیع بمعنی الشراء، و لذا یقال ان لفظ البیع و الشراء یستعمل کل منهما فی فعل البائع و المشتری الا انه عند الإطلاق ینصرف الأول إلی فعل البائع، و الثانی إلی فعل المشتری، لا من فعل الاثنین أو انصراف الکلی الی بعض افراده بل من انصراف اللفظ المشترک الی بعض معانیه.

و بما ان تعریف البیع بالمبادلة غیر صحیح کما مر، فعرفه بعضهم بتبدیل المال الذی یکون عینا بعوض، و هذا التبدیل فی الإضافة بأن یکون العوض قائما مقام العین فی کونه طرفا فی الإضافة الحاصلة بینها و بین مالکها کما انه کان المضاف الی زید النوب و بعد بیعه من عمر و یکون العوض قائما مقام الثوب فی تلک الإضافة، و یکون فی باب الإرث التغییر فی المضاف إلیه بأن کانت ما فی الخارج من الأموال مضافة الی زید و بعد موته تکون إضافتها إلی ورثته.

و بعبارة اخری کان البائع ببیعه یفک علقته بالمتاع، و یشدها بالثمن، کما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶

....

یفک علقة المشتری بالثمن، و یجعل مکانه المتاع، و هذا بخلاف باب الإرث فإنه یکون المضاف إلیه فی الإضافة الحاصلة فی الأموال هو الوارث بعد مورثه.

و فیه انه قد لا یکون فی البیع تبدیل مال بآخر بالمعنی المزبور، کما فی بیع الکلی علی الذمة، فإن ذلک الکلی ما لم یقع علیه المعاملة لا یکون ملکا و مضافا الی أحد، نعم بالمعاملة یتملکه المشتری علی البائع، و یکون مالا له فلا یتصور فیه فک ملک و عقد علقة الملکیة بمال آخر حتی یتحقق التبدیل فی الإضافة.

و لو قیل بان البیع عبارة عن تملیک المال الذی لا تکون منفعة بعوض لا یبعد شموله للکلی علی الذمة، فإن الکلی و ان لا یکون مضافا لأحد ما لم یتم المعاملة علیه، الا انه یکون فی نفسه مالا حیث یبذل بإزائه مال.

و الحاصل الکلی المزبور قبل المعاملة لا یکون مالا للبائع، بأن یکون ملکاله، فیقال انه ذو مال، الا انه فی نفسه مال حیث یرغب العقلاء الی بذل العوض له، و نظیر ذلک ما نذکر فی عمل الحر، فان عمله مال حیث یرغب الی بذل العوض له بالاستیجار و نحوه، و لکن ما دام لم یجر علیه المعاملة لا یکون مالا و ملکا لأحد، و الإجارة أیضا تملیک مال بعوض الا ان المال الذی یکون متعلق

التمليك فى الإجارة هى المنفعة كما تقدم، و المراد بالعوض ما يكون موجبا لخروج العين عند تمليكها عن المجانية.

ثم ان المعاوضة اما بين عرضين، كما إذا عاوض كتابه بعباء الغير، و اما بين ثمنين، كما إذا عاوض دراهمه بدنانير، و اما بين عرض و ما هو من الأثمان، و هل يطلق البيع على كل من الأقسام الثلاثة، أو يختص بالأخير.

فصل السيد الخوئى (طال بقاه) و ذكر فى القسم الأول انه تارة لا يكون لأحدهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷

و اما العوض فلا اشكال (۱)

غرض فى خصوص العرض الذى يأخذه، بل غرضه من أخذه الإمساك بمالية المتاع الذى يملكه للآخر، و لذا لو كان الآخر يعطيه من الأثمان أخذه بإزاء متاعه، و لكن يكون للآخر غرض فى خصوص المتاع الذى يأخذه، و يتفق ذلك غالبا فى الأمتعة التى تباع فى القرى لأهلها، حيث يعطى حامل القماش إياهم القماش، و يأخذ بدل الدراهم و الدنانير الحنطة و الشعير و نحوهما، باعتبار ان المشترى لا يتيسر له الدراهم و الدنانير، ففى هذه الصورة من يبذل المتاع الذى للآخر فى خصوصيته غرض بايع، و الآخر مشتر، و أخرى يكون لكل منهما غرض فى خصوص متاع صاحبه، فهذه معاوضة، لا بيع، و المعاوضة أعم و يعمها مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

و اما القسم الثانى و هى المعاوضة بين الأثمان فلو كان الثمنان رائجين عند المتعاملين، كمن عاوض الدينار العراقى بالدراهم العراقية، فلا تكون المعاوضة بيعا كما تقدم، بخلاف ما إذا كان أحدهما رائجا عند هما، كمن عاوض فى العراق الاسكناس بالدينار العراقى، فان عمل صاحب الاسكناس بيع، و عمل الثانى شراء.

أقول تمييز البائع من المشترى بما ذكر مبنى على الالتزام بان البيع هى المبادلة بين المالين، و بما ان المبادلة فعل الاثنين، فيحتاج فى تشخيص البائع و المشترى الى أمر آخر، و اما بناء على ما ذكرنا من كون البيع هو تمليك المال بعوض، و التمليك أمر إنشائى فكل من أنشأه فهو البائع، كما ان الشراء هو التملك بعوض، فكل من إنشاء التملك أو الرضا بالتملك فهو المشترى، سواء كان الإنشاء بالقول أو الفعل، و فى الاخبار الواردة فى السلم، و بيع المتجانسين، و الصرف، و الرجوع الى العرف، شهادة على ما ذكرنا فلاحظ.

(۱) ذكر قده جواز كون العوض فى المبادلة منفعة، بلا خلاف، نعم نسب إلى البهبهانى (ره) الخلاف فى ذلك، و لعل منشأ خلافه ما يذكر فى كلام الفقهاء من كون البيع لنقل الأعيان، و لكن هذا الكلام كقولهم الإجارة لنقل المنافع، ناظر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۸

....

الى بيان حال المعوض.

ثم ان عدم الإشكال فى جعل المنفعة عوضا انما هو فيما إذا كانت المنفعة مالا كمنافع العبد، و الحر بعد تعلق الإجارة بعمله، فان عمله بها يكون مالا للمستأجر، إذا كان العوض عمله قبل وقوع الإجارة به كما إذا بادل كتابا بخياطة الآخر ثوبه، ففى كونها بيعا إشكال، فإن عمل الحر بعد هذه المبادلة و لو يكون مالا لصاحب الكتاب، الا ان المعتبر فى كونها بيعا كون العوض مالا قبلها، عما هو ظاهر تعريف المصباح.

أقول لازم الإشكال فى جعل عمل الحر عوضا فى البيع، الإشكال فى جواز بيع الكلى على الذمة فإن ما ذكره فى وجهه من لزوم كرن العوضين مالين قبل المعاوضة جار فيه ايضا، و لا احتمل الالتزام منه (ره) أو من غيره ببطلان بيع السلم، و غيره مما يكون المبيع من الكلى على الذمة، و عليه فلا إشكال فى جعل عمل الحر عوضا فى البيع، بل كما ذكرنا عمل الحر كالكلى على الذمة فى نفسه مال،

حیث یبذل بإزائه المال، بالاستیجار، و نحوه، غایة الأمر لا یضاف الی أحد قبل المعاوضة بأن یقال انه ذو مال.

و قد یستدل علی عدم کون عمل الحر قبل المعاوضة مالا بوجهین: الأول عدم کونه محققا للاستطاعة فی الحج فإذا کان متمکنا علی عمل فی طریق الحج، بحیث تکون أجرته وافیة لمصارف الحج، لا یجب علیه الخروج الی الحج، و لو کان العمل کما ذکر مالا لتمت الاستطاعة المعتبرة فی وجوبه، و فیه ان عمل الحر قبل المعاوضة علیه مال حیث یبذل بإزائه المال بالاستیجار، و نحوه، و لکن قبلها لا یضاف الی أحد، حتی الی فاعله، بان یقال انه ذو مال، و العمل ملک و مال له، و المعتبر فی وجوب الحج کون المکلف ذا مال، بان یکون عنده ما یحج به.

الثانی ان الحر إذا لم یکن أجیرا و حبسه الجائر لا یضمن له ما یفوته بذلک،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۹

و اما الحقوق (۱).

من اعماله، و لو کانت اعماله أموالا لضمنها، کما فی إتلاف غیرها من الأموال.

و الجواب ان عمل الحر و إن کان مالا الا انه لا یضاف قبل المعاملة علیه الی العامل، أو غیره، و الموضوع للضمان، إتلاف مال الغیر و بهذا یظهر انه لا فرق بین کون الحر کسوبا أو غیره، فاحتمال الضمان فی الکسوب کما عن السید الیزدی (ره) و الجزم به کما عن السید الخوئی (طال بقاه) ضعیف، کما ظهر مما تقدم ضعف ما عن الإیروانی (ره) من ان الأصل فی إضافة الأموال إلی الأشخاص هی الحیازة، فإن بها تضاف الأموال إلی الأشخاص، و باقی المملکات تکون مملکة بعدها، و وجه ظهور ضعفه ان العقد علی عمل الحر أو الکلی علی الذمة مملک، و موجب لاضافتهما إلی المشتری، و هذه الإضافة حادثة، و لیست مسبوقة بإضافة أخری، حاصلة بالحیازة أو غیرها.

هذا مع ان الحیازة لا تکون مملکة فی غیر المنقولات بل الموجب لدخول الأرض المیتة فی الملک هو الأحیاء کما ذکرنا ذلک عند التکلم فی أقسام الأراضی من المکاسب المحرمة.

(۱) تعرض (ره) لکون العوض فی المبادلة من الحقوق، و ذکر أنها علی أقسام ثلاثة:

قسم منها لا یقبل الاسقاط مطلقا، بلا عوض أو مع الفرض، کحقی الولایة و الحضانة، و هذا هو المراد من قوله لا یقبل المعاوضة بالمال.

و قسم منها قابل للإسقاط مجانا أو مع العوض، و لکن لا یمکن تملیکه للآخر بحیث یکون ملکا للمنقول الیه، کالخیار و الشفعة، و فی هذین القسمین لا یصح جعل الحق عوضا فی البیع، فان قوام البیع بتملک صاحب المعوض العوض بإزاء ما یخرج من ملکه و المفروض فی مورد الکلام انه غیر قابل لتملک صاحب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰

....

المعوض.

و الوجه فی عدم کونه قابلا لتملکه فی القسم الأول ظاهر، و اما فی القسم الثانی فلان الحق فیه إضافة خاصة و سلطنة مخصوصة قائمة بذی الحق و من علیه الحق فذو الحق یکون مسلطا علی من علیه ذلک الحق فبتملیکه للآخر یکون ذلک الآخر مسلطا علی نفسه و تسلط الإنسان علی نفسه غیر معقول.

و عن صاحب الجواهر (ره) قیاس بیع الحق ممن علیه ببیع الدین ممن علیه و هذا القیاس فاسد، فإنه یفترق بیع الحق عن بیع الدین بأنه

یمکن للإنسان تملک ما علی ذمته فیکون نتیجهٔ التملک سقوطه حیث ان الملکیهٔ إضافهٔ خاصهٔ بین المالک و المال و من علیه المال لا یکون طرف الإضافهٔ بأن یکون دخیلا فی تحقق الملکیهٔ لیکون تملکه الدین موجبا لاتحاد طرفی الإضافهٔ، و الشاهد لا مکان تملک الإنسان ما علی ذمته، ما عن الشهید (ره) فی قواعده من جعل الإبراء مرددا بین إسقاط الدین عن ذمهٔ المدیون ابتداء أو تملیکه إیاه، و نتیجهٔ التملیک السقوط و هذا بخلاف الحق کما مر، فإنها اضافهٔ مخصوصهٔ، یکون طرفاها ذا الحق و من علیه الحق، فیکون تملیکه ممن علیه، موجبا لاتحاد طرفی الإضافهٔ.

و ذکره (ره) القسم الثالث من الحق و هو ما یکون قابلا- لنقله الی الغیر، بان یملکه الغیر کحقی التحجیر و السبق، فان الحق فی هذا القسم تکون سلطنهٔ خاصهٔ قائمهٔ بین العین و الشخص، و لا یکون المنقول الیه طرف الإضافهٔ، کما فی القسم السابق الا ان فی وقوع هذا القسم من الحق عوضا فی البیع اشکالا باعتبار ان الحق لا یکون مالا، و یعتبر فی صدق البیع علی المعاملهٔ کون العوض مالا، کما هو ظاهر تعریف المصباح و ظاهر کلمات الفقهاء عند تعرضهم لشرائط العوضین فی البیع، و تعرضهم لشرائط الأجرهٔ فی الإجارهٔ.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱

....

(أقول) ما ذکره (ره) فی القسم الثانی کحقی الخیار و الشفعهٔ یرد علیه أن الخیار أو الشفعهٔ لا یتعلق بالمال، و لا بالمالک، بل یکون متعلقهما نفس العقد علی ما ذکر توضیحه فی بحث الخیارات، و علیه فلا یلازم من نقلهما الی الغیر اتحاد طرفی الإضافهٔ و کیف لا یکون الخیار أو الشفعهٔ قابلا- للانتقال الی الغیر مع انهما عنده یورثان کما ذکر (ره) فی أحکام الخیارات و لو سلم کون مثلهما حقا کما ذکر فلازمه عدم جواز تملیکه ممن علیه الحق لا من الغیر الأجنبی لعدم محذور اتحاد طرفی الإضافهٔ فی الثانی.

و اما ما ذکره فی القسم الثالث من ان فی وقوعه عوضا فی البیع اشکالا، لعدم کونه مالا.

ففیه أولا- انه لا- شهادهٔ فی تعریف المصباح علی اعتبار المالیهٔ فی العوض، فإنه من التعریف اللغوی، و لا اعتبار ایضا بظاهر کلمات الفقهاء مع فرض صدق البیع عرفا فی مورد جعل الحق عوضا، فان ظاهر کلماتهم فی المقام لا یزید علی ظواهر هم فی عدم کون المعاطاهٔ بیعا حیث مع احتمال وجه الاتفاق أو إحرازه و عدم تمامیته، لا یرفع الید عن أدلهٔ جواز البیع و لزومه.

و ثانیا الحق فی هذا القسم مال حیث یبذل بإزائه المال کسائر الأعیان و المنافع التی یکون اعتبار المالیهٔ فیهما ببذل العوض فی مقابلهما عند المعاملهٔ و اما القسم الأول المذکور فی کلامه فالصحیح انه نفس الحکم الشرعی و لیس من الحق فی شیء فان الحق یطلق علی سلطنهٔ الشخص باعتبار ان سقوطها و ثبوتها بیده و إذا لم یکن السقوط و الثبوت بیده یکون کسائر الأحکام المجعولهٔ لآحاد المکلفین فی ثبوتها لموضوعاتها ما دام الموضوع فلا فرق بین ولایهٔ الأب أو الجد علی الطفل أو ماله و بین جواز تصرفاتهما فی مال نفسهما فی کون کل منهما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲

....

حکما مجعولا لها من قبل الشارع و بما ان الحکم لا یتعدی عن موضوعه فلا یعقل جعله عوضا فی البیع و نحوه.

و ذکر السید الخوئی (طال بقاه) عدم جواز جعل الحق عوضا لا لما ذکره المصنف (ره) فإنه غیر تام کما مر بل من جهة ان الحق علی إطلاقه حکم شرعی غایهٔ الأمر یکون قابلا للإسقاط و بالإسقاط ینتهی أمده.

و بعبارهٔ أخری لا فرق بین جواز فسخ الهبهٔ و الرجوع فیها و بین جواز فسخ العقد بالخیار و کذا لا فرق بین جواز قتل الکافر الحربی و بین جواز قتل ولی المقتول القاتل و ان الجواز فی هذه الموارد سنخ واحد غایهٔ الأمر یکون فی موارد إطلاق الحق قابلا للإسقاط

بخلاف غیر موارد إطلاقه و هذا لا یخرجه عن کونه جوازا أو لزوما شرعیا و الحکم الشرعی بنفسه غیر قابل لجعله عوضا عن المبیع.

نعم یمکن جعل إسقاطه المفروض کونه عملا- عوضا فی البیع و نحوه و لکنه خارج عن الکلام فی المقام، فان الکلام فی نقل الحق إلی الغیر لا- إسقاط من له الحق حقه، کما ان مثل الأرض التی تکون مورد حق السبق أو التحجیر لا یکون جعلها عوضا مورد الکلام بل مورده جعل نفس الحق، هذا مع انه لا معنی لنقل مثل حق الشفعة إلی الغیر فإنه تملیک حق الشفعة لمشتری الحصة فهو غیر معقول فإنه من اللغو لتملکه الحصة بالشراء و ان کان تملیکه للآخر الأجنبی فهو من قبیل تعدیة الحکم من موضوعه الی غیره، فان الموضوع لحق الشفعة هو الشریک.

ثم لو قلنا بأن الحق مرتبة ضعیفة من السلطنة حیث ان الملکیة عموم السلطنة و الحق خصوصها، فلا یمکن ایضا جعله عوضا فی البیع فان البیع هی المبادلة فی متعلق الملکیة أی المالین فلا یعم مبادلة نفس الملکیة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳

....

(أقول) لم (یذکر أطال اللّه بقاءه) شاهدا علی ان الحق عبارة عن الجواز أو اللزوم الشرعیین، غایة الأمر یکونان قابلین للإسقاط، فإن ثبوت الحق فی موارد عدم ثبوت الجواز أو اللزوم، آیة کونه غیرهما، کما إذا باع داره ببیع الخیار، ثم عرض له السفه، فإنه یقوم ولیه مقامه، و کذا کان شریک مالک الحصة المبیعة سفیها لا یصح له الأخذ بالشفعة، فإنه یقوم مقامه ولیه، مع ان الخیار کان مجعولا للبائع، و الشفعة مجعولة للمولی علیه، فإنه الشریک لا ولیه، و مثل حق التحجیر أو السبق، أولویة معتبرة للشخص بالإضافة إلی الأرض أو غیرها، و هذه الأولویة فی نفسها قابلة للنقل، بجعلها للآخر عوضا أو مجانا، لما هو مقتضی أدلة حل البیع، و نفوذ الصلح و غیرهما، و لذا یورث حق التحجیر و حق قصاص الأعضاء، کما إذا مات من له حق القصاص قبل الاستیفاء، و لا یکون هذا من التعدی من موضوع الحکم الی غیره.

و الحاصل ان الحق فی جمیع هذه الموارد أمر اعتباری، و نحو من الأولویة، و لا- منافاة بین کون الموضوع لحق الشفعة مثلا- هو الشریک، و بین تملیکها للأجنبی، فإن ثبوتها للأجنبی بالمعاملة نتیجة العمل بخطاب حق الشفعة، و خطاب حل المعاملات من البیع و غیره، نظیر الحبوة حیث انها للولد الأکبر، و لا ینافی تملک الغیر إیاها بالمعاملة مع الولد الأکبر.

و ثانیا لا بأس بتعلق البیع أو غیره بالحق حتی مع الالتزام بأنه جواز أو لزوم شرعی قابل للإسقاط، حیث لا بعد فی اعتبار العقلاء المالیة فی اللزوم أو الجواز الإمضائی التأسیسی، و بذلک یصح وقوعهما مورد المعاملة، و البیع کما تقدم هو التملیک بالعوض، و لو لم یکن الحق صالحا للنقل و التملیک، فلا ینبغی الریب فی صحة جعله عوضا فی التملیک، حیث یخرج به التملیک عن المجانیة، و بتعبیر آخر یکون سقوطه فی تملیک الشیء عوضا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴

الا ان الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه (۱).

و قد یقال انه عند الشک فی قابلیة الحق للنقل شرعا لا- یمکن التمسک بأحل اللّه البیع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالعقود و الصلح جائز بین المسلمین، و انما یصح التمسک بها بعد إحراز قابلیة الشیء للنقل و الشک فی أسباب النقل، بان یحتمل ان لنقله سبب خاص، و لا یتحقق بتلک المعاملات، کما لا یصح التمسک بها عند الشک فی حلیة فعل، و حرمته، مما یقع مورد المعاملة أیضا، کالغناء فی کلام صحیح، فإنه لا یمکن التمسک بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إثبات صحة المعاملة علیه، و استکشاف حلیته با الملازمة.

و لکن لا یخفی ما فیه، فان الموضوع فی العمومات و المطلقات هو البیع و العقد و الصلح و غیرها فی اعتبار العرف. و بعد إحراز قابلیة

الشـیء للنقل فی اعتبارهم، و صدق عنوان البیع أو الصلح و العقد بحسب أنظارهم، یکون عدم شمول العمومات و المطلقات لاحتمال التخصـیص، أو التقیید، فیؤخذ بهما ما دام لم یحرز التخصـیص أو التقیید و لا یقاس بما إذا شک فی حلیة فعل فی نفسه حیث قد یقال العمومـات و المطلقـات فی المعاملات لم ترد لبیان الحکم التکلیفی للافعال بعناوینها الأولیـة، و لا یجوز التمسک بالعموم الوارد لبیان الحکم للفعل بعنوانه الثانوی لرفع الإجمال عن الخطاب الوارد فی بیان حکم ذلک الفعل بعنوانه الاولی، فالصحیح جواز هذا التمسک فی مثل المقام مما لا یؤخذ فی موضوع الحکم بعنوانه الثانوی، ثبوت الحکم الأول.

(۱) ثم انه إذا لم یکن لفظ البیع حقیقة شرعیة و لا متشرعة یکون التعاریف الواردة فی کلمات الفقهاء بیانا لمعناه العرفی الذی تعلق به الأحکام فی الخطابات الشرعیة.

و عن المبسوط و التذکرة و غیرهما ان البیع انتقال عین من شـخص الی آخر بعوض مقدر، و لکن المسامحة فی هذا التعریف واضحة، لأن الانتقال اثر البیع،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵

....

لا انه عینه، و اعتبار التقدیر فی العوض لا وجه له، فان تعیین الثمن من شرط صحة البیع شرعا، لا لصدقه عرفا.

و عن جماعة انه الإیجاب و القبول الدالان علی الانتقال.

و هذا ایضا غیر صـحیح، فان البیع من الأمور الإنشائیة التی یکون الدلالة علیه بالإیجاب و القبول، و لیس هو نفس الدال، کما هو ظاهر التعریف، و الا لم یمکن إنشائه باللفظ، فان القابل له هو المعنی، لا اللفظ.

و عن جامع المقاصد تعریفه بنقل العین بالصیغة المخصوصة، و أورد المصنف (ره) علی تعریفه بأمور ثلاثة.

الأول ان نقل العین لا یکون مرادفا للفظ البیع، حتی یصح تعریفه به، و لذا یکون ارادة البیع من لفظ النقل، بطور الکنایة، کما صرح به فی التذکرة.

أقول هـذا لو أریـد من النقل النقل الخارجی الذی یکون بتبدیل مکان الشـیء، و رفعه عن محله الأولی، فإن هذا کنایة عن البیع، و اما إذا کـان المراد منه النقـل الاعتبـاری، فهو عین البیع، اللهم الاـ ان یقـال لاـ یصـدق النقـل الاعتبـاری فی مثل بیع الکلی علی الذمـة، أو تملیک عمل الحر، فإنهما لا یکونان قبل المعاملة ذات اضافة، حتی یصدق النقل.

الثانی ان المعاطاة عند جامع المقاصد بیع، و لکن لا یعمها التعریف، باعتبار عدم کون المعاطاة باللفظ.

الأمر الثالث ان النقل بالصیغة أیضا غیر قابل للإنشاء، بل القابل له نفس النقل.

(لا یقال) نقل العین سـنخان أحـدهما اعتباری و ثانیهما خارجی، فلیس ذکر قوله بالصـیغة لتقیید النقل بها، لیکون معنی لفظ البیع، هو النقل بالصیغة، بل هو عنوان مشیر و للإشارة إلی کون البیع ذلک السنخ الذی یکون فی نفسه اعتباریا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶

الاولی تعریفه (۱).

فتوجد بالصیغة، و نحوها.

فإنه یقال یبقی فی التعریف المزبور، اشـکال آخر، و هو انه ان أرید بالصـیغة خصوص صـیغة بعت، لزم الدور، فإنه مقتضـی أخذ مادة البیع، فی تعریفه، و ان أرید الأعم، بحیث یشمل ملکت ایضا، فلازمه الاقتصار فی إنشاء البیع بلفظی نقلت و ملکت.

أقول إشـکال الـدور أو لزوم الاقتصـار فی إنشاء البیع بصـیغتی نقلت و ملکت منـدفع بإمکان کون المراد بالصـیغة المخصوصـیة اللفظ

الصالح لإنشاء ذلک السنخ من النقل، فلم یؤخذ فی التعریف مادة البیع، حتی یلزم الدور، و لا خصوص الصیغتان، حتی یلزم الاقتصار، مع ان أخذ مادة البیع فی تعریفه کما إذا قیل بان البیع نقل العین بلفظ بعت، لا یوجب دورا، فان المراد به فی المعروف بالکسر، لفظه، و فی المعرف بالفتح، معناه المرتکز عند الأذهان، المطلوب بالتعریف، معرفة حدود ذلک المعنی المرتکز من جهة سعته و ضیقه، بان یعلم انه لا یعم نقل غیر العین، و لا نقلها المنشأ بغیر ذلک اللفظ.

و الحاصل یمکن معرفة المعنی من جهة ضیقه و سعته بالتعریف المزبور بلا محذور.

(۱) قد عرف (ره) البیع بأنه إنشاء تملیک عین بمال و لکن یرد علیه ان البیع، لیس إنشاء التملیک المزبور، بل نفس التملیک، و یکون الإنشاء إیجادا للبیع، و الا فلو کان الإنشاء مأخوذا فی معنی البیع لم یکن قابلا للإنشاء، کما مر فی التکلم فی تعریف جامع المقاصد.

ثم انه (ره) تعرض لما یمکن الإیراد به علی تعریف الذی ذکره.

الأول انه إذا کانت حقیقة البیع تملیک العین بمال، لصح إنشائه بصیغة ملکت،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷

....

کما هو مقتضی الترادف بین التملیک و البیع، و أجاب بصحة الإنشاء.

الثانی انه یصح بیع الدین علی من هو علیه، مع انه لا یکون فیه تملیک عین بعوض، فإنه لا یصح للإنسان تملک المال علی نفسه، و أجاب (ره) بصحة کون الإنسان مالکا لما علیه، فتکون نتیجة ذلک، سقوط الدین عنه، و لو لم یمکن کونه مالکا کذلک لم یصح بیع الدین منه، لانه لا معنی للبیع الا التملیک.

الثالث ان التعریف شامل للمعاطاة، مع انهم ذکروا عدم کونها بیعا.

و الجواب انها بیع عند الکل، و مراد النافین انها لیست بیعا صحیحا کما سیأتی.

الرابع ان البیع فعل البائع علی ما مر سابقا و لو یکون صدقه علیه مشروطا بقبول المشتری، و لکن التعریف المزبور یعم الشراء فإن المشتری أیضا یکون منه تملیک ماله بإزاء المبیع.

و الجواب ان البیع فی نفسه تملیک العین بمال، و الشراء لا یکون کذلک، بل الشراء إنشاء تملک مال الغیر بإزاء الثمن، نعم یکون هذا الإنشاء متضمنا لتملیک الثمن بإزاء المبیع و بتعبیر آخر ما هو فعل البائع هو إنشاء ملکیة المبیع لصاحب الثمن بإزاء الثمن، و یکون لازم ذلک، تملک الثمن بإزاء المبیع، الا ان هذا التملک لم ینشأ إلا تبعا، کما ان فعل المشتری ابتداء تملک المبیع بإزاء الثمن، و لازم إنشائه تملیک الثمن لصاحب المبیع بإزاء المبیع، فیکون هذا التملیک ضمنیا یعنی لازما للمدلول المطابقی لإنشائه، و لذا لا یصدق عنوان الشراء علی قوله ملکتک الثمن بمتاعک، سواء تأخر عن الإیجاب أو تقدم، بخلاف قوله تملکت متاعک بهذا الثمن، فإنه شراء کما لا یخفی.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی استیجار عین بعین، و ان قبول المستأجر لا یکون فی نفسه إنشاء تملیک العین بإزاء المنفعة، بل قبوله إنشاء تملک المنفعة، بإزاء العین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸

....

الخامس ان التعریف المزبور یعم الصلح عن عین بمال کما یعم و الهبة المعوضة المتعلقة بالعین.

و الجواب ان الصلح عن عین بمال، لا یکون تملیک تلک العین بذلک المال، بل هذا التملیک نتیجة الصلح المزبور. و بیان ذلک ان

الصلح من الأمور الاعتبارية حيث انه عقد و مدلول ذلك العقد و المتحقق به هو التسالم، يعنى التسالم الاعتبارى الذى يكون أمرا إنشائيا، و يعبر عنه فى لغة الفرس ب (سازش) و هذا التسالم لا بد من كونه فى أمر، و ذلك الأمر، يكون ملكية العين، أو المنفعة أو الانتفاع بالعين، أو سقوط حق، أو ثبوت قرار بين شخصين، أو أكثر، كقرار الشريكين فى كون الخسران أو النفع فى معاملة على أحدهما، و هكذا، فيكون نتيجة تمامية الصلح فى الأول تمليك العين، و فى الثانى تمليك المنفعة، و فى الثالث تمليك الانتفاع، و فى الرابع سقوط الحق، و فى الخامس ثبوت القرار.

فهذه الأمور من متعلقات الصلح، لا ان الصلح فى نفسه عبارة عن هذه الأمور، و الا لزم كون لفظ الصلح مشتركا لفظيا، لعدم تحقق التمليك فى جميع ما ذكر من موارده، فالصلح عن العين بمال يتضمن تمليكها بذلك المال، فيكون التمليك المزبور فائدته.

و هذا هو الوجه فيما ذكروا من ان طلب أحد الخصمين من الآخر الصلح على العين المتنازع فى ملكها، لا يكون إقرارا للآخر بالمالكية، بخلاف طلب بيعها، فإنه اعتراف بمالكية الآخر، و لو كان الصلح على عين بعوض بنفسه تمليكها بعوض، لما كان بين الصورتين فرق. و اما الهبة المعوضة فالمراد الهبة التى يشترط التعويض فيها، و اما الهبة التى عوض عنها من غير كون التعويض شرطا فلا وجه لتوهم شمول تعريف البيع له، و لذا ذكر المصنف (ره) و المراد بها هنا (يعنى فى الاعتراض على تعريف البيع) و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۹

بقى القرض داخلا (۱)

حاصل دفعه الاعتراض ان الهبة المعوضة ليست فى حقيقتها المقابلة بين المالين، كالبيع، بل يكون تمليك المال فيها مجانا و العوض المشروط فيها عوض لنفس الهبة، لا عن المال الموهوب، و لذا لا يتملك الواهب ذلك العوض بمجرد هبة ماله للآخر.

و بتعبير آخر التعويض فى الهبة المشروطة، كالتعويض فى غير المشروطة فى كون تملك المال من الآخر بتمليك جديد، و هذا التمليك الجديد يذكر شرطا فى الهبة المشرطة. ثم قال (ره) غاية الأمر انه لو لم يعمل الآخر بالشرط لكان للواهب الرجوع فى هبته.

(أقول) ظاهر الشرطية اختصاص جواز رجوع الواهب فى هبته بصورة عدم وفاء الآخر بالشرط، و لكن ليس الأمر كذلك، فإنه يجوز للواهب الرجوع فى هبته ما لم يتحقق التعويض، سواء اشترط التعويض أولا، و مع التعويض يسقط جواز الرجوع اشترط أولا، على ما يستفاد ذلك من مثل صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال إذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع «۱».

(۱) هذا هو الاعتراض الأخير فى كلامه على التعريف المزبور، و حاصله ان تمليك عين بعوض صادق على القرض ايضا، فلا يكون تعريف البيع به مانعا.

و أجاب (ره) عن الاعتراض بان القرض فى حقيقته، تمليك عين على وجه الضمان، يعنى تمليك مع التضمين.

و ذكر الإيروانى (ره) فى تعليقته ما حاصله ان الاعتراض لا يدفع بالجواب المزبور، فإنه ان كانت للعين المفروضة فى مورد القرض بدل من المثل أو

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۹) من أبواب أحكام الهبات الحديث (۱).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۰

و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله (۱).

القيمة، فيكون تمليكها بالبدل، و العوض، و هذا هو البيع على ظاهر التعريف، و ان لم يكن للعين بدل و عوض بان يكون تمليكها مجانا، فتكون هبة، فأين تمليك العين الذى لا يكون بيعا، أو هبة.

(أقول) الصحيح ما ذكره المصنف (ره) فان تمليك العين و تضمينها أمران مختلفان، و ربما يكون تمليك العين من دون تضمين، كما فى الهبة بلا عوض، و قد يكون تضمين بلا تمليك، كما فى شرط ضمان العين فى إجارتها، و إعارتها، بل قد يحصل التضمين بالفعل كما فى وضع اليد على مال الغير، و القرض فى حقيقته جمع بين تمليك العين و تضمينها، و لذا ذكرنا انه تمليك العين مع التضمين.

و ان أراد الإيروانى (ره) من العوض و البدل، العوض المعاملى الحاصل بإنشائه عوضا، فلا عوض كذلك فى موارد القرض، بل يختص هذا بمورد البيع، و ان أراد العوض الواقعى فى مورد الضمان، فهذا القسم من البدل موجود فى مورد القرض، و لكنه لم يكن بإنشاء المعاوضة.

(۱) تعرض (قده) لما يقال من استعمال لفظ البيع فى معان أخر غير تمليك العين بعوض.

منها تمليك عين بعوض بشرط تملك المشترى، بل هذا هو المعنى العرفى للبيع عند بعض المشايخ لا معنى آخر، فان البيع عند العرف ليس الا تمليك العين بعوض بشرط قبول المشترى، و الشاهد لذلك تبادره فى الاستعمالات، و صحة سلب معناه العرفى عن التمليك الذى لا يترتب عليه قبول من المشترى.

و منها الانتقال الحاصل بإنشاء البيع إيجابا و قبولا.

و منها العقد المركب من الإيجاب و القبول، كما هو ظاهر كل من يذكر العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۱

....

فى تعريف البيع، بل ظاهر الفقهاء هو استعمال عناوين المعاملات فى أبواب الفقه، فى هذا المعنى، فمرادهم من البيع فى قولهم كتاب البيع عقده، و كذا النكاح، و حتى الإجارة و شبهها مما لا يكون فى اللغة اسما لأحد طرفى العقد، فان البيع فى الأصل فعل البائع، و النكاح فعل الزوج، بخلاف الإجارة، فإنها بمعنى الجزاء و الأجر، و ليست اسما لفعل الموجر، بل الموضوع لفعله لغة و عرفا، هو الإيجار، و لكن المصنف (ره) أنكر كون البيع عبارة عن تمليك العين بعوض بشرط تملك المشترى كما عليه بعض المشايخ، فضلا عن كونه معنى آخر كما ذكره بعض من قارب عصره، بل البيع يستعمل دائما فى تمليك العين بعوض كما هو معناه المصطلح، غاية الأمر ان لهذا التمليك فردين أحدهما ما إذا تعقب بتمليك المشترى بقبوله البيع، و ثانيهما عدم ترتب ذلك لعدم قبوله، و بما ان الفرد الثانى وجوده كعدمه فى عدم ترتب اثر عليه، فمثل قول القائل بعت دارى بقرينة كونه فى مقام الاخبار عن الإيجاب المثمر يكون ظاهرا فى الإيجاب المتعقب للقبول، بل فى الجامع لجميع الشرائط المعتبرة فى ترتب الأثر عليه.

و الحاصل ان قيد كون الإيجاب مثمرا مستفاد من الخارج و لم يؤخذ فى المستعمل فيه، و يقرب ذلك تبادر هذا القيد حتى من مثل قول القائل نقلت دارى الى زيد، أو ملكتها إياه، أو أبدلتها بكذا، مع ان التمليك و الأبدال و النقل هو مجرد الإيجاب قطعا، و لم يلتزم أحد بدخالة قبول الآخر فى صدقها على الإيجاب.

و ان شئت قلت الأثر الحاصل بالإيجاب- و هو ملكية المبيع مثلا للمشترى بإزاء الثمن- يكون بنظر الموجب و اعتباره، كما يكون فى اعتبار العقلاء و الشرع و ما يتوقف على قبول المشترى، هى الملكية فى نظر العقلاء، و الشرع، لا فى اعتبار الموجب، فإنه يعتبرها و ينشأها بمجرد الإيجاب، فملكية العين بعوض فى اعتبار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲

....

العقلاء و الشرع بالإضافة إلى إيجاب البائع من قبيل الوجوب و الإيجاب، لا من الكسر و الانكسار، فإنه يمتنع تحقق الكسر بلا تحقق الانكسار، و لكن لا يمتنع تحقق الإيجاب من الأمر، مع عدم تحقق وجوب الفعل فى اعتبار العقلاء.

(أقول) ما ذهب اليه بعض المشايخ، من كون المعنى المصطلح للبيع عرفا هو تمليك العين بعوض بشرط قبول المشترى هو الصحيح، و ذلك فان الموجب لا ينشأ ملكية العين لصاحب الثمن مطلقا و لو على تقدير عدم قبوله للإيجاب، بل المكية معلقة و مقيدة بالقبول فى ظرفه، و إذا تحقق فى ذلك الظرف تكون المكية المنشأة بيعا و الا فلا، و كذا الأمر فى الشراء، فإنه لا ينطبق على إنشاء التملك الأعلى تقدير تحقق الإيجاب فى موطنه، و لا يحصل مع عدم قبول المشترى ملكية العين له، لا فى نظر الموجب، و لا فى اعتبار العقلاء.

و يشهد لما ذكرنا صحة سلب البيع حقيقة عن التمليك الذى لا يتحقق فى مورده قبول المشترى، و لو كان البيع حقيقة فى الجامع لما صح سلبه عن التمليك المزبور الا ادعاء، هذا مع ان اشتراط القبول مقتضى كون البيع من العقود، لا من الإيقاعات حتى فى اعتبار الموجب فضلا عن العقلاء و الشرع، بلا يمكن دعوى ذلك فى مثل لفظ النقل المراد به النقل المعاملى كما لا يخفى.

و كذا أنكر (ره) المعنى الثانى و انه لم يستعمل لفظ البيع لا لغة و لا عرفا فى الانتقال الذى هو من قبيل الحكم المترتب على البيع، بل ذكره جماعة فى تعريف البيع تبعا للمبسوط الذى عرف به البيع.

و قد يوجه التعريف بان البيع الواقع فى تعريفه انتقال العين، هو العنوان الانتزاعى للمبيع يعنى المبيعة، حيث انها عبارة أخرى عن انتقال الشيء الى الآخر بالعوض، و تعرض للمعنى الثالث و نسب الى الشهيد الثانى ان إطلاق البيع و استعمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۲۳

....

لفظه فى العقد مجاز، بعلاقة السببية و المسببية، و قال فليكن مراد الشهيد (ره) من المسبب هو المعنى الاسم المصدرى المتحقق بالإيجاب و القبول معا، و اما المسبب عند الموجب فهو يتحقق بالإيجاب فقط، كما مر.

و قوله (ره) (و الى هذا نظر جميع ما ورد) إشارة إلى المعنى الاسم المصدرى و ان جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من لزوم البيع و وجوبه، أو انه لا بيع بينهما، أو أقال البيع، و نحو ذلك يستعمل لفظ البيع فيها فى المعنى الاسم المصدرى المتحقق فى نظر العرف و الشرع بالإيجاب و القبول معا، و اضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية بل بمعنى اللام، ضرورة ان المعنى الاسم المصدرى لا يكون عين الإيجاب و القبول، و لذا يصح ان يقال انعقد البيع أولا ينعقد، و لا يصح ان يقال انعقد الإيجاب و القبول، أو لا ينعقد.

(أقول) مقتضى مجموع كلامه ان البيع يستعمل فى معنيين آخرين، غير معناه المصطلح الذى من قبيل المصدر، أحدهما العقد يعنى مجموع الإيجاب و القبول و الثانى المعنى الاسم المصدرى الحاصل بالعقد و ان استعماله فى المعنى الأول مجاز، بعلاقة المسببية و المسببية و كذا استعماله فى المعنى الثانى يعنى المعنى الاسم المصدرى غاية الأمر استعماله فى الاسم المصدرى مجاز عن الحقيقة و استعماله فى العقد يعنى الإيجاب و القبول معا من قبيل سبك المجاز عن المجاز لان المسبب و هو المعنى الاسم المصدرى لم يوضع له لفظ البيع.

ان قلت ما الفرق بين المعنى الثانى من المعانى الثلاثة المتقدمة الذى ذكر (ره) ان استعمال لفظ البيع لم يوجد فيه لافى اللغة، و لا فى العرف بل وقع تعريف البيع به فى كلام جماعة تبعا للمبسوط و بين المسبب عن العقد الذى ذكر (ره) وقوع استعمال لفظه فيه فى النصوص و الفتاوى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۲۴

و من ثم حمل الإقرار به (۱).

قلت المراد بالأثر فی المعنی الثانی هو الانتقال الذی یکون أثرا لتمام البیع شرعا و حکما له، و مقتضی مغایرة الموضوع و حکمه ان یکون البیع غیر الانتقال و تعریف البیع بالانتقال کتعریف ای موضوع بحکمه غیر صحیح و مراده بالمسبب فی المعنی الثالث هو البیع بمعناه الاسم المصدری یعنی ما یحصل بالإیجاب و القبول معا و الذی یترتب علیه حکم الشارع بانتقال المالین هذا.

و لکن لا- یمکن المساعدة علی ما ذکر من استعمال لفظ البیع فی عقده یعنی فی صیغتی الإیجاب و القبول، فإنه لم یحرز هذا الاستعمال حتی فی کلمات الأصحاب فی عناوین المعاملات الا- تری انه لا یصح ان یقال مرادهم بکتاب البیع مثلا کتاب صیغتی الإیجاب و القبول و اما المعنی الاسم المصدری فهو صحیح یقع استعمال لفظ البیع فیه کثیرا فی کلمات الأصحاب و الروایات الا ان اسم المصدر لا یختلف عن المصدر بحسب الخارج بل ما تحقق خارجا بلحاظ جهة الصدور مصدر و بلحاظ نفسه و کونه معاملة فی حیال سائر المعاملات معنی اسم المصدر و البحث فی کون استعمال لفظ المصدر فی المعنی الاسم المصدری مجازا أو حقیقة غیر مهم.

و کیف کان فقد ظهر مما ذکرنا ان تحقق البیع بمعناه المصطلح لا یکون بمجرد الإیجاب بل لا بد من تحقق القبول فی موطنه و أن المتحقق خارجا بلحاظ نفسه و کونها معاملة حیال سائر المعاملات هو المعنی الاسم المصدری و یتعلق به إمضاء الشارع و حکمه باللزوم أو الجواز أو غیر ذلک من الأحکام المناسبة للمعنی المزبور.

(۱) لا یخفی ان حمل الإقرار بالبیع مثلا علی الصحیح لا یدل عدم وضعه للقدر المشترک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵

قال الشهید الأول (۱) و یشکل ما ذکراه (۲).

بین الصحیح و الفاسد فان فی عدم سماع التفسیر بالفاسد مقتضی حمل المعاملة الثابتة بالإقرار بها علی الصحیحة کما هو الحال فی أصالة الصحة الجاریة فی عمل الغیر عقدا کان أو إیقاعا.

(۱) مراده (ره) ان أسامی الماهیات الجعلیة کالصلاة و الصوم و أسامی سائر العقود لا یطلق حقیقة علی الفاسد الا الحج لوجوب المضی فیه و یرد علیه انه لا وجه لاستثناء الحج فان وجوب المضی فیه بعد فساده لا یدل علی ان إطلاق لفظ الحج علی الفاسد حقیقة کما فی الصوم فإنه یجب مع إفساده بالإفطار الإمساک بقیة النهار مع ان ذلک لا یوجب کون إطلاق الصوم علیه حقیقة.

و أضعف الیه ان فساد الحج بالجماع بعد الإحرام غیر ظاهر، بل الأظهر عدم فساده غایة الأمر یجب علی المکلف اعادة حجه فی السنة القادمة عقوبة علی عمله و لکن الواجب یعنی حجة الإسلام هو الأول و تفصیل ذلک موکول الی کتاب الحج.

(۲) فی المقام اشکال علی القول بأن أسامی المعاملات موضوعة للصحیحة فعلی الشهیدین و غیرهما ممن یلتزم بکونها موضوعة للصحیحة الجواب عنهما.

الأول ان عدم شمول المعنی الموضوع له للافراد الفاسدة یتوقف علی أخذ قید الصحة الشرعیة أو ما یرادفها فی معنی المعاملات و هذا التزام بالحقیقة الشرعیة و کون معانیها مخترعات للشارع کالعبادات مع انه غیر ممکن.

و الثانی ان لازم کون ألفاظ المعاملات موضوعة للصحیحة عدم جواز التمسک بخطاب المعاملات فی دفع احتمال اعتبار شیء شرعا فی المعاملة فإن لازم القول بکونها أسامی للصحیحة هو إجمالها.

و تعرض المصنف (ره) للإشکال الثانی صراحة و للإشکال الأول فی ضمن الجواب بقوله (نعم یمکن ان یقال) و توضیح الجواب عن الأول ان العناوین یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶

....

انطباقها علی مصادیقها بالقصد و الاعتبار تارة کعنوان أداء الدین فإنه لا ینطبق علی مجرد إعطاء المال للدائن بل لا بد من قصد کون الإعطاء بعنوان الوفاء بدینه و کذا عنوان التعظیم فإنه لا ینطبق علی مجرد القیام أو غیره من الأفعال بل لا بد من کونها برعایة عظمة الغیر، و قصد احترامه و هذا بخلاف العناوین الحقیقیة التی یکون انطباقها علی مصادیقها قهریا کعنوان القتل فإنه ینطبق علی القضاء بحیاة انسان قصدا أو بلا قصد.

ثم ان فی القسم الأول یعنی العناوین الاعتباریة یمکن ان یکون شیء مصداقا للعنوان فی اعتبار شخص و لا یکون مصدقا لذلک العنوان فی اعتبار شخص آخر من غیر کون أحدهما مصیبا و الآخر مخطئا مثلا کشف الإنسان رأسه عند ملاقاته للغیر یکون تعظیما لذلک الغیر عند قوم و لا یعتبره تعظیما قوم آخر.

و السر فی هذا الاختلاف بعد کون انطباق التعظیم علی عمل موقوفا علی القصد و الاعتبار واضح حیث لا یعتبر الانطباق قوم و یعتبره الآخرون و ذلک لا یوجب تعدد المفهوم بل یوجب تعدد المصداق و علی ذلک فالبیع و لو بمعناه المصدری من العناوین القصدیة، فیمکن ان یکون المستعمل فیه امرا واحدا عند الشرع و العرف و هو ما یترتب علیه الأثر المترقب فإن الأثر المترقب فی البیع انتقال المالین، فیکون المستعمل فیه اعتبار الملکیة التی یترتب علیها انتقال المالین فالمعنی مبهم من حیث الذات و القیود و مبین من حیث الأثر و إذا کان المعاطاة مثلا امرا یترتب علیه انتقال المالین فی اعتبار العرف و الشرع، تکون بیعا عندهما، و لو لم یترتب علیها الانتقال شرعا، فهی لا تکون بیعا عند الشارع.

و بالجملة یمکن ان لا یکون خلاف بین الشرع و العرف فی المعنی المصدری، أو الاسم المصدری، و یصح القول بأن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحیحة، فلا تطلق علی الفاسدة إلا بطور المجاز.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷

و اما وجه تمسک العلماء (۱)

[الکلام فی المعاطاة]

اشارة

أن یقع النقل من غیر قصد (۲).

الثانی ان یقصد الملک المطلق (۳)

---

(۱) و هذا دفع للإشکال الثانی من الإشکالین المتقدمین و حاصل الدفع ان البیع فی مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ مستعمل اما فی معناه المصدری، کما إذا أرید منه الحلیة التکلیفیة أو الاسم المصدری کما إذا أرید منه الحلیة وضعا، و علی کل تقدیر فیحمل إطلاق الخطاب علی إمضاء المصادیق العرفیة، فإن بیان جعل الحکم التکلیفی أو الوضعی علی المصادیق التی عند الشارع لغو واضح، و بتعبیر أخر مثل هذا خطاب انحلالی فیعم الحکم جمیع المصادیق العرفیة، لأن الخطاب مع حمله علی المصادیق الشرعیة یصبح لغوا خصوصا فیما إذا کان المراد بالحلیة، الحلیة الوضعیة کما هو ظاهر الآیة.

(۲) المراد بالنقل النقل الخارجی و الإعطاء لا النقل الاعتباری، الذی عبارة عن التملیک و الحاصل المال الذی یصل الی الآخر و لا یقصد صاحبه خصوص تملیکه و لا إباحته له و هذا الوجه أبطله (ره) بقوله بامتناع خلو الدافع، یعنی ان العاقل فی مقام المعاملة مع

التفاته الى خصوصياتها التى لا يتحقق المعاملة إلا بإحداها يختار أحدها، لا محالة.

(۳) المراد بالمطلق عدم قصد خصوص عنوان البيع، بل يجعل ماله ملكا للطرف بإزاء ما يتملكه من الآخر و هذا الوجه يرد بما تقدم فى تعريف البيع من ان التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو البيع لا غير و لكن يظهر من بعض العلماء فى مسألة تمليك لبن الشاة مدة بعوض معين أن ذلك تمليك عين و ليس بيعا و ان التمليك بالعوض أعم من البيع.

ثم انه يظهر من ملاحظة كلمات الأصحاب ان النزاع بينهم فى صورة قصد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۸

....

المتعاطيين التمليك، و انه فى هذه الصورة لا يحصل الملك لهما عند المشهور و لكن يباح لكل منهما التصرف فى مال الآخر و حمل الإباحة فى كلامهم على الملك المتزلزل كما عن المحقق الثانى أو الالتزام بان محل الخلاف بينهم صورة قصد المتعاطيين الإباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) خلاف ظاهرهم.

ثم لا- يخفى ان المعنى الأول من المعانى الأربعة و هى الإباحة لا تكون أمرا إنشائيا حيث ان المراد منها الإباحة المالكية، فى مقابل الإباحة الحكمية، فإن التى تحصل بقصد المالك و رضاه الإباحة المالكية و اما الحكمية فهى تابع الحكم الشارع و تجويزه التصرف فى مال الغير كاباحته للمار أكل الثمرة من طريقه و الإباحة المالكية لا تحتاج الى غير رضا المالك بتصرف الآخر فى ماله و لذا يجوز للآخر التصرف مع علمه برضاه و لو كان العلم بشاهد الحال. و الحاصل يخرج التصرف مع العلم برضا المالك عن عنوان التعدى و موضوع عدم حل مال الغير الا بطيب نفسه.

و اما المعنى الثانى للمعاطاة و هى إعطاء المال بقصد تمليكه للآخر بالعوض فهى عبارة أخرى عن إنشاء البيع بالفعل نظير إنشائه بالقول.

و توضيح ذلك ان البيع من العناوين التى لا يتحقق بمجرد اعتبار ملكية المال للآخر بعوض، بل لا بد من إبراز هذا الاعتبار قولا أو فعلا- كما لا يكون عنوان الاذن للغير فى بيع ماله بمجرد علم الغير برضاه بالبيع بل اللازم ان يبرز المالك رضاه ببيعه قولا أو فعلا حتى يحصل عنوان الاذن.

و الحاصل البيع و غيره من عناوين المعاملات يحصل بالإبراز و لذا يصح للبائع ان يقصد بقوله بعت مالى بكذا إيجاد البيع بالتلفظ المزبور و لا يرد على ذلك ما تكرر فى كلمات السيد الخوئى (طال بقاه) من أنه لا معنى للإيجاد باللفظ حيث ان الملكية التى يعتبرها الموجب لا تحتاج الى غير اعتبار النفس و الملكية التى فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۹

كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنيفة (۱) من غير ان يكون ملكه أو دخل (۲) و لما ذكرنا نهى (ص) عن بيع المنابذة (۳)

حقيقتها إمضاء للبيع من العقلاء فعل للعقلاء لا الموجب و كذا الحال فى الملكية الشرعية فإنها حكم الشارع لا فعل الموجب فأين الإيجاد و الحاصل لا يكون الإنشاء إيجادا بل إبراز للاعتبار القائم بالنفس.

و فيه انه إذا كان الإبراز فى مثل هذه الموارد مقوما للعناوين كما هو الفرض يكون الموجود بالألفاظ تلك العناوين فيكون قصد البائع من قوله بعت مالى بكذا إيجاد البيع بهذا اللفظ صحيحا، فالذى يحصل بالتلفظ ليست الملكية التى اعتبرها العاقد، ليقال أنها لا تحتاج الى غير اعتبار النفس و لا الملكية التى يعتبرها العقلاء.

أو الشرع ليقال أنها لا تكون من فعل العاقد بل الحاصل هو عنوان البيع.

ثم ان هـذا العنوان کما یحصل بإبراز الملکیة باللفظ، کذلک یحصل بإبرازها بالفعل أی بإعطاء المالک العین للآخر فالإعطاء و الأخذ فی هذه الصورة، بیع حقیقة و یقع الکلام فی حکمه الشرعی.

(۱) یعنی یظهر کون محـل الکلام صورة قصـد المتعـاطیین التملیک من بعض کتب الحنیفـة حیث جعل فیها التعاطی نظیر الإیجاب و القبول من أسباب البیع.

(۲) و لعـل مراده بـالمعطوف عـدم کون المال ملکا للآخر زمان الإعطاء نظیر زمان الإقباض فی البیع المنشأ بالإیجاب و القبول و مراده بالمعطوف عدم دخوله فی ملک ذلک الآخر بعد أخذه.

(۳) و مراده بالتأویل الآخر ما ذکره بقوله (و معنی ذلک) أی التأویل الآخر أن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰

و لا ینافی ذلک (۱) و منها ظهور أدلته الثلاثة فی ذلک (۲)

یجعـل اللمس بشـیء و النبـذ له، و إلقـاء الحصاة بیعا موجبا أی بمنزلـة إیجاب البیع و مراده بالتأویل الأول فی کلامه ان یجعل اللمس بشـیء أو النبذ له أو رمی الحصاة تعیینا للمبیع بان یقع البیع علی شیء بثمن مهملا ثم یعین ذلک الشیء باللمس و النبذ و الرمی و هذا من أوضح أنحاء بیع الغرر بل أشبه بالقمار.

(۱) إشـارة إلی دفع الوهم فی کلاـم السـرائر و حاصـل الوهم ان حمل کلام السـرائر علی صورة قصـد المتعاطیین الملک ینافی قوله و لیس هذا من العقود الفاسدة بل قوله هذا یناسب ما إذا کان الإعطاء بقصد الإباحة لأن قصد التملیک بالإعطاء مع عدم حصول الملک یوجب کون الإعطـاء من البیع الفاسـد حیث لاـ معنی لفسـاد البیع الاـ عـدم ترتب اثر الملـک علیه و ظاهر قوله و لیس هـذا من العقود الفاسـدة أن الإعطاء صـحیح و لیس من البیع الفاسـد و لا یمکن اتصافه بالصـحة إلا إذا کان بقصـد الإباحة، إذ حصول الإباحة خارجا یوجب اتصافه بالصحة التی هی فی المعاملات بمعنی ترتب الأثر.

و اما الدفع فان مراد السـرائر من العقد الفاسد هو الذی لا یترتب علیه الملک و لا یحصل به حتی جواز التصـرف و حکمه فی المعاطاة بعـدم حصول الملک و ترتب اباحـة التصـرف مقتضاه ان لا تکون المعاطاة من ذلک العقـد الفاسد و علی ذلک فلا ینافی قوله (ره) و لیس هـذا من العقود الفاسـدة لظـاهر صـدر کلاـمه من فرضه إعطـاء القطعـة الی البقلی أو الشـارب بقصـد الملک و ان شـئت قلت ان الإعطاء المزبور لا یکون عند السرائر عقدا أصلا لا أنه عقد صحیح.

(۲) المراد بالأدلـة الثلاثـة الإجمـاع و القـدر المـتیقن و النهی الـوارد عن بیع الملامسـة و المنابـذة و الحصـاة و وجه ظهورهـا فی کون المفروض فی المعاطاة صورة قصد الملک هو ان الدلالة المزبورة ذکرت لاعتبار الإیجاب و القبول فی البیع و لعدم انعقاده بالاستدعاء و الإیجاب أو المعاطاة، فلو تمت هذه الأدلة کان مقتضاها اعتبار الإیجاب و القبول فی صورة قصد تملیک العین بعوض.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱

مع ان الواقع فی أیدی الناس (۱) و قوله تعـالی إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (۲) قوله (ره) و علیه یتفرع النمـاء و جواز و طی الجاریة (۳) و الذی یقوی فی النفس (۴).

کان مقتضاها اعتبار الإیجاب و القبول فی صورة قصد تملیک العین بعوض.

(۱) و هذا یوجب کون حمل کلام الأصحاب علی صورة قصد الإباحة کما عن صاحب الجواهر (ره) أبعد فإنه یبعد جدا بل لا یحتمل عـادة أن الأصـحاب قـد ترکوا التعرض لمـا یبتلی به عامـة النـاس و مـا هو الـدارج بینهم من صورة التعاطی بقصـد التملیک و تعرضوا لمعاملة لم تقع فی الخارج إلی الآن و هی المعاطاة بقصد اباحة کل منهما ماله للآخر.

(۲) یعنی ان قوله تعالی إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ یتناول المعاطاة.

(۳) یعنی علی ملک الرقبة یتفرع ملک النماء فیکون النماء ملکا لمن تملک العین و کذا جواز و طی الجاریة المأخوذة بالمعاطاة، فإنه یترتب علی تملکها و من منع من حصول ملک العین بالمعاطاة فقد أغرب.

(۴) و حاصله انه یؤخذ بظاهر کلمات الأصحاب فی کون المفروض فی المعاطاة صورة قصد التملیک و أنها تفید الإباحة لا الملک و لا یرد علیهم غیر ما ذکره المحقق الثانی (ره) و حاصل الإیراد أنه إذا کان مقصود المتعاطیین الملک فلا وجه لعدم حصوله و حصول الإباحة فإن الإباحة المالکیة لا- یمکن تحققها إذ رضا کل من المالکین علی تقدیر کون ماله ملکا لصاحبه کما فی سائر البیع و المفروض عدم حصول الملک، و اما الإباحة الشرعیة، فلیس علیها دلیل، کما انه لیس فی کلمات الأصحاب اشعار الی اعتمادهم فیها الی النص مع ان الإباحة الشرعیة فی نفسها بعیدة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۲

ثم ان المعروف بین المتأخرین (۱)

فإنه یبعد إلغاء الشارع ما علیه سیرة العقلاء و بنائهم من ترتب الملک علی المعاطاة و الحکم تعبدا بجواز تصرف کل منهما فی مال صاحبه.

و یؤید کون مرادهم بالإباحة هو الملک أن مقتضی ظاهر کلماتهم جواز تصرف کل من المتعاطیین فیما یصل الیه حتی التصرفات الموقوفة علی الملک و احتمال التزامهم بحصول الملک قبل هذه التصرفات آنا ما کما ذکروا فی تصرف ذی الخیار فیما انتقل عنه، أو تصرف الواهب فی العین الموهوبة قبل تلفها بعید جدا بل عن بعض الأساطین ان الالتزام بحصول الملک قبل هذه التصرفات آنا ما مستلزم لتأسیس قواعد جدیدة فی الفقه هذا.

و لکن القول بالتزامهم حدوث الملک آنا ما قبل التصرف أهون من حمل الإباحة فی کلماتهم علی الملک المتزلزل، و الشاهد علی کون مراد هم هی الإباحة المجردة عن الملک هو تصریح الشیخ (ره) فی مبسوطه و الحلی فی سرائره بعدم حصول الملک بإهداء الهدیة بدون الإیجاب و القبول مع کون الإهداء کذلک موجبا لجواز التصرف.

و یظهر ذلک ایضا من العلامة فی قواعده و وجه الشهادة انه لا یمکن حمل الإباحة فی هذا الکلام علی الملک الجائز فإن الهبة مع الإیجاب و القبول هبة مجانیة لا تفید الا الملک الجائز فعدم ثبوته فیها مع عدم الإیجاب و القبول و ثبوت الإباحة فقط صریح فی عدم ارادة الملک من الإباحة فی المعاطاة.

(۱) المعروف بین المتأخرین ان المعاطاة علی مسلک القائلین فادتها الإباحة لیست بیعا و هذا الحمل مع حمل کلمات هؤلاء القائلین علی الملک غیر اللازم فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳

اما الأول (۱) اللزوم مطلقا (۲). نعم ربما یوهمه ظاهر عبارة التحریر (۳)

طرفی الإفراط و التفریط و یدفع حمل المحقق و یزیفه أمران.

الأول- ما عن بعض القائلین فی المعاطاة بالإباحة، من ان شرط لزوم البیع منحصر فی مسقطات الخیار، بمعنی ان کل بیع لم یکن فیه خیار یکون بیعا لازما و مقتضی هذا الکلام ان لا تکون المعاطاة بیعا لأنه لیس فیها لزوم و لا خیار و تزلزل الملک فیها علی تقدیره لیس من قبیل الخیار کما مر.

و الثانی تصریح غیر واحد بأن الإیجاب و القبول من شرائط انعقاد البیع، فإنه لو کانت المعاطاة بیعا مفیدا للملک المتزلزل لزم ان

يذكروا الإيجاب و القبول من من شرائط لزوم البيع لا من شرط انعقاده.

(۱) المراد الحمل الأول و هو عدم كون المعاطاة على القبول بالإباحة بيعا أصلا.

(۲) أى سواء كانت القرينة على ارادة البيع و تراضى المتعاطيين لفظا أو غيره و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة فإنه لا يعبر باسم التفضيل فى مسألة إلا مع الخلاف المعتد به فيها.

(۳) يعنى يوهم عبارة التحرير الملك المتزلزل حيث قال فيه الأقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمت و ظاهر المعاوضة حصول الملك بالمعاطاة و لذا نسب فى المسالك القول بالملك فى المعاطاة إلى التحرير و لكن ذكر فيه بعد العبارة و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد.

و هذه قرينة على ان مراده بتلك العبارة حصول مجرد الإباحة إذ لا معنى لذكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴

و لا يخلو عن قوة (۱)

ذلك بعد فرض حصول الملك فيكون إطلاق المعاوضة على المعاطاة المفروض فيها حصول مجرد الإباحة باعتبار أن المعاوضة من قصد المتعاطيين و كذا إطلاق الفسخ على الرد و اللزوم مع التلف.

(۱) لا يخفى ان الأصل يعنى مقتضى الاستصحاب فى المعاطاة على تقدير عدم قيام الدليل على حكمها هو الفساد و عدم ترتب الأثر عليها لا الملك و لا اباحة التصرف و اما الإباحة المالكية فهى تابعة لرضا كل منهما بتصرف الآخر فى ماله مع الإغماض عن المعاملة المعاطاتية و فرض بقاء المال فى ملكه فان هذا يكون موجبا لجواز تصرف الآخر فيما وصل الى يده تصرفا لا يتوقف جوازه على الملك و لكن يدل على حكمها و عدم الفرق بينها و بين سائر البيوع فى كون الحاصل منها الملك اللازم (قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) فان ظاهره صحة البيع و نفوذه و ذلك فإن الحلية و لو تكون ظاهرة فى الإباحة تكليفا الا ان هذا فيما إذا تعلقت بالفعل الخارجى و اما مع تعلقها بالاعتبارى عقدا أو إيقاعا فظاهرها نفوذه و صحته.

و هذا مراد من يذكر ان الآية دالة على صحة البيع و نفوذه بالدلالة المطابقية.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من تقدير الأفعال الخارجية المرتبة على الملك و الالتزام بتعلق الحلية بها و جواز تلك الأفعال تكليفا يلازم صحة البيع و نفوذه فتكون الآية دالة على الصحة و النفوذ بالدلالة الالتزامية فلا يمكن المساعدة عليه فان الداعى له (ره) الى تقدير الأفعال و الالتزام بتعلق الحلية بها هو عدم احتمال تعلق الحلية تكليفا بالبيع بمعناه المصدرى من غير دلالة على صحته و نفوذه.

و قد ذكرنا أن ظاهر تعلق الحلية بالأمر الاعتبارى هو النفوذ و الإمضاء و لو كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵

....

الموجب لالتزامه عدم قابلية الملكية للجعل استقلالا لأنها من الحكم الوضعى المنتزع عن التكليف فقد ذكرنا فى محله ان مثل الملكية قابلة للجعل بنفسها من غير حاجة الى جعل التكليف بل قد لا يثبت فى مورده تكليف، حتى يتوهم انتزاعه منه و لكن قد يقال انه لا إطلاق فى الآية حتى يتمسك بها لصحة بيع المعاطاة و نفوذه، لان الظاهر من صدر الآية و ذيلها أنها واردة فى مقام بيان حكم آخر و هو نفى التسوية بين الربا و البيع.

هذا مع ان الحكم بحل البيع و حرمة الربا قد ثبت فى الشرع من قبل و اعترض عليه بأنه لا فرق بينهما و ان البيع مثل الربا فهذه الآية فى مقام نفى التسوية و إثبات الفرق بينهما، بان اللّه أحل أحدهما و حرم الآخر فلا بد من ملاحظة الإطلاق و التقييد فى ذلك التحليل أو

التحریم الصادرین من قبل و لو بقول رسول اللّه (ص).

ثم وجه هـذا القائل الجلیل التمسک بالإطلاق بدعوی ان الاعتراض کان بنحو العموم یعنی مماثلهٔ مطلق البیع لمطلق الربا حیث لو کان الاعتراض بان بعض البیوع أو البیع بقید خاص مثل الربا لکان اللازم الحکایهٔ بمثل ما قالوا لتخرج الحکایهٔ عن الکذب و إذا کان مقتضی الحکایهٔ هی دعواهم مماثلهٔ جمیع البیع فبیان الفرق بذکر الحل له و الحرمهٔ للربا بمنزلهٔ إثبات الحکم لجمیع أفرادهما.

(أقول) لو کانت الآیهٔ واردهٔ لنفی التسویهٔ علی ما ذکر و سلم ان الاعتراض کان بنحو العموم بمعنی مماثلهٔ جمیع البیع لجمیع الربا، لکان اللازم ان یکون هـذا الإطلاق مرادا من قوله (قٰالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبٰا) لا من قوله (أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا) بالإضافهٔ إلی حکم الحل فإنه لو کانت الحلیهٔ ثابتهٔ للبیع بقید لما کان ایضا بین البیع و الربا تسویهٔ، و المفروض ان الآیهٔ لیست فی مقام البیان من جهتها، و لکن أصل المناقشهٔ ضعیفهٔ، فإنه لا دلالهٔ فی الآیهٔ علی صدور خطاب التحریم أو التحلیل من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶

....

قبل، کما لا دلالهٔ فیها علی ورودها للتعرض للتسویهٔ الموهومهٔ بعد صدور خطاب تحلیل البیع و تحریم الربا، فان نقل قولهم إنما البیع مثل الربا حکایهٔ عن معتقدهم، و الداعی إلی ارتکابهم لا عن لفظهم بعد صدور ذلک الخطاب و الأصل فی قوله وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا کما هو ظاهر کل خطاب متضمن للحکم و موضوعه وروده فی بیان الحلیهٔ و موضوعها، غایهٔ الأمر یستفاد منه ایضا فساد اعتقادهم.

و قوله سبحانه (الَّذِینَ یَأْکُلُونَ الرِّبٰا.) حکایهٔ عن الجزاء علی آکل الربا بعد تمام الحجهٔ علیه، حتی لو کان تمامها بوصول هـذه الآیهٔ المبارکهٔ و أکله لزعم التسویهٔ أو عدم زعمها، و لیست اخبارا عن الجزاء علی من کان آکلا قبل نزولها کما لا یخفی.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی التمسک لصحهٔ المعاطاهٔ و نفوذها کسائر البیوع اللازمهٔ بقوله سبحانه (إِلّٰا أَنْ تَکُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ) فإن التجارهٔ هو البیع و الشراء بقصد تحصیل الربح، فتعم المعاطاهٔ فتکون جائزهٔ وضعا، لان الاستثناء عن النهی عن أکل المال بالباطل و لو یکون بنحو الانقطاع، ضرورهٔ عدم دخولها فی المستثنی منه الا ان النهی فی ناحیهٔ المستثنی منه قرینه علی ان الترخیص فی ناحیهٔ المستثنی وضعی لأن الأکل فی الآیهٔ بمعنی التملک و الاستیلاء، حیث ان التعبیر عنهما بالأکل متعارف بل هذا ظاهر الأکل المضاف الی المال کما تقدم.

و یمکن الاستدلال علی حکم المعاطاهٔ و کونها کسائر البیوع اللازمهٔ بقوله عز من قائل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فإنه و ان یناقش فی شمول العقد لها الا انه لا مجال للمناقشهٔ بعد ورود النص الصحیح «۱» علی کون المراد بها العهود حیث ان العهد یعم المعاطاهٔ جزما سواء قیل بان العقد مطلق العهد، أو العهد بین الاثنین و المشدود کما ان المراد

---

(۱) تفسیر برهان سورهٔ مائدهٔ حدیث: ۸

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۷

و اما قوله الناس مسلطون علی أموالهم (۱).

بالوفاء هو إتمام العهد و عدم نقضه بعدم العمل له ابتداء و استدامهٔ، و الرجوع نقض للعهد بقاء کما لا یخفی.

و علی ذلک ففی الآیهٔ کفایهٔ و لو قیل بان الآیتین المتقدمتین لا دلالهٔ لهما علی لزوم الملک، بل مدلولهما مجرد الصحهٔ و الإمضاء، بدعوی أن آیهٔ الحل مدلولها إمضاء نفس البیع، لا إمضائه بماله من الأحکام عند العقلاء و لزومه و عدم انفساخه برجوع أحد

المتبايعين من أحكام البيع عندهم، لا من مقومات صدقه.

و ان شئت قلت كما أن فى مثل قوله عليه السّلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا يراد بالبيع نفس البيع مع الإغماض عن حكمه عند العقلاء كذلك فى قوله سبحانه أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و الآية الثانية مدلولها، الترخيص فى التمليك بالتجارة، و اما كون التملك جائزا أو لازما، فلا دلالة لها على ذلك.

هذا و لكن يمكن الاستدلال بالآية الثانية على اللزوم حيث ان إطلاق الترخيص فى التمليك بالتجارة، يعم ما إذا ندم أحد المتعاملين و رجع عن معاملته، بل بالآية الأولى أيضا باعتبار ان إطلاق الحل و الإمضاء، يعم ما إذا رجع أحدهما عن البيع فتأمل.

(۱) هذه المرسلة لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها و لم تذكر إلا فى كتب المتأخرين و قيل إنها مروية فى البحار ايضا و وجه الاستدلال بها دلالتها على ثبوت الولاية للمالك بالإضافة الى جميع التصرفات المتعلقة بماله، لأن السلطنة على المال يراد بها السلطنة على التصرف فيه، و حيث لم يذكر تصرف خاص فيكون المراد جميعها و يدخل فيها المعاطاة حتى بناء على عدم كونها بيعا بل تصرفا مستقلا.

و المصنف (ره) لم يرتض بهذا الاستدلال و ذلك، فان السلطة على المال و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۸

....

يراد بها السلطنة على التصرف فيها، الا ان التعبير بالسلطة، فيه دلالة على كون المراد بالتصرف هو الإنشائى و التصرفات الاعتبارية على ما تقدم بنفسها أنواع، كالبيع و الهبة و الصلح و القرض الى غير ذلك، و بما ان هذه كلها أمور إنشائية تحتاج فى إنشائها إلى قول أو فعل من كتابة أو إشارة أو غيرها، فان حصل الشك فى النوع بان لم يعلم ان نوع معاملة يتعلق بالمال ممضاة شرعا أولا، فيمكن التمسك بالحديث فى إثبات صحتها و سلطان المالك على إنشائها، و اما إذا شك فى فرد ذلك النوع بمعنى ان النوع الفلانى من المعاملة يحصل بإنشائه كذلك أو لا يحصل به، مثلا تمليك العين بالعوض يحصل بالمعاطاة أولا، فلا يمكن التمسك بها لعدم نظرها إلى أفراد المعاملة و أسبابها، و من هنا لا يمكن التمسك بها فى اعتبار بعض الأمور المحتمل دخلها فى صيغتى الإيجاب و القبول من البيع و غيره.

أقول الصحيح عدم نظرها الا- الى أنواع التصرفات و لا- إلى إفرادها و أسبابها و الا- لكان التفصيل بين الأنواع و الأشخاص مجرد الدعوى، بل هى ناظرة إلى ولاية المالك على التصرفات المالية التى أمضاها الشرع بأنواعها و أسبابها، و ان تلك التصرفات لا تكون نافذة فيما إذا لم تصدر عن المالك، و على ذلك فلو شك فى ولاية المالك على التصرف الجائز كما إذا شك فى ان المرأة محجورة عن التصرف فى مالها بالتصدق به بلا رضا زوجها، فيمكن الأخذ بالحديث فى إثبات سلطنتها، و عدم كونها محجورة.

فقد تحصل الى هنا دلالة الإطلاق و العموم من الكتاب العزيز على صحة المعاطاة و نفوذها أضف الى ذلك السيرة الجارية من العقلاء المتدينين منهم و غيرهم فى المعاطاة و معاملتهم معها معاملة اللازم و ما ذكر المصنف (ره) من ان مثل هذه السيرة كسائر سيرهم الناشئة عن التسامح فى الدين و قلة مبالاتهم به كما ترى، فإنه ليس المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹

اللهم الا ان يقال (۱)

التمسك بسيرة معظم المتشرعة التى نراها الان من المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، إذ لا يمكن لنا إحراز استمرارها الى زمان المعصومين عليهم السلام مع فتوى كبار العلماء من قديم الزمان بعدم إفادتها الملك و تقليد الناس منهم بل المراد الأخذ بسيرة

العقلاء کافة المتدینین منهم و غیرهم نظیر السیرة الجاریة علی الاعتناء باخبار الثقات التی ذکر فی الأصول ان الردع من مثلها یحتاج الی دلیل خاص، و لا یکفی وجود العمومات علی خلافها، فضلا عما وافقها العمومات کما فی المقام، فلا وجه للقول بان توریث المأخوذ بالمعاطاة قبل التصرف الموجب لصیرورته ملکا ناش عن قلة المبالاة بالدین.

(۱) و هذا منع منه (ره) لدلالة الآیتین علی حصول الملک بمجرد المعاطاة، و تقریره ان دلالة الآیتین علی حصول الملک انما هی بالدلالة الالتزامیة الناشئة عن الملازمة بین اباحة جمیع التصرفات و بین حصوله، و هذه الملازمة ثابتة فی غیر المعاطاة بالإجماع، و الا فالملازمة حقیقة انما هی بین تحقق و طی الأمة حلالا و بین ملکیتها، لا بین مجرد الحکم بإباحة الوطی و بین ملکیتها فان هذه الإباحة لا تلازم ملکیتها إلا بالإجماع الثابت فی غیر المعاطاة، و اما فیها فیلتزم بحصول الملک آنا ما قبل الوطی جمعا بین دلیل جوازه و دلیل توقف جوازه علی الملک و بین عدم حصول الملک من الأول و لو بمقتضی الأصل.

(أقول) التزامه (ره) بأن إباحة جمیع التصرفات لا تلازم بنفسها الملکیة و لو یکون صحیحا الا انه ینافی ما بنی علیه (ره) انتزاع الحکم الوضعی و منه الملکیة من الحکم التکلیفی، حیث ان نفی الملازمة بین اباحة جمیع التصرفات و بین الملکیة معناه عدم انتزاع الثانی من الأول کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰

و دعوی انه لم یعلم من القائل بالإباحة (۱) هذا مع إمکان إثبات حصة المعاطاة فی الهبة و الإجارة (۲)

---

(۱) هذه الدعوی تقریب لإمکان التمسک بالآیتین فی إثبات الملک بالمعاطاة، و بیانه ان القائل بإباحة التصرف بالمعاطاة لم یظهر منه اباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک، فإنه یحکی عن الشهید (ره) فی حواشیه علی القواعد انه لا یجوز إخراج زکاة ماله أو خمسه بأداء مال آخر مأخوذ بالمعاطاة و کذا لا یجوز أداء ثمن الهدی الواجب علیه فی حجه من مال مأخوذ بها، فإن إخراج الزکاة أو الخمس من مال آخر موقوف علی کون المودی مالکا لذلک المال و کذا فی أداء ثمن الهدی أو وطی الجاریة، فإنها لا یجوز بغیر ملک و إذا أخذ بظهور الآیتین فی إباحة جمیع هذه التصرفات بحصول المعاطاة فیثبت الملک بالملازمة بین إباحتها و ثبوته.

و لکن ناقش (ره) فی الدعوی بأن الملازمة بین إباحتها و حصول الملک غیر ثابتة فی المعاطاة بمعنی انه لم یثبت ان کل من قال بإباحة جمیع التصرفات قال بالملک من الأول لیکون فی البین إجماع مرکب.

(۲) یمکن ان یرید (ره) وجود الروایة فی الهبة و الإجارة بحیث یکون مفادها ابتداء الحکم الوضعی یعنی انتقال المال، و إطلاقها یعم ما إذ کانت الإجارة بنحو المعاطاة و فی صحیحة علی بن یقطین قال سئلت أبا الحسن علیه السّلام عن الرجل یتکاری من الرجل البیت أو السفینة سنة أو أکثر من ذلک أو أقل قال علیه السّلام الکراء لازم له الی الوقت الذی تکاری الیه و الخیار فی أخذ الکراء الی ربها ان شاء أخذ و ان شاء ترک «۱» فان مفادها صحة الإجارة و لزومها کما ان إطلاقها یعنی عدم الاستفصال فی الجواب یعم المعاطاة.

---

(۱)- الوسائل- الجزء ۱۳ الباب (۷) من أبواب الإجارة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱

و لذا ذکر بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد (۱).

و من هذا القبیل صحیحة حفص البختری عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال الصلح جائز بین المسلمین «۱» و لکن من قال بعدم لزوم المعاطاة کالمصنف (ره) لا یمکن له التشبث بهما فان ظاهر هما اللزوم و عدم جواز الفسخ کما لا یخفی.

و اما الهبة فلا یبعد ان یکون المراد بالوارد فیها صحیحة محمد بن مسلم قال أبو جعفر علیه السّلام فیها و لا یرجع فی الصدقة إذا ابتغی

وجه اللّه و قال الهبة و النحلة يرجع فيها إنشاء حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيه «۲» فان هذه بإطلاقها تعم الصدقة و الهبة بالمعاطاة و القائل بعدم الفرق بين أفرادهما فى الحكم حتى فيما إذا كانتا بالمعاطاة يعتمد على مثلها.

(۱) أراد بعض الأساطين ان حصول الإباحة بالمعاطاة دون الملك يلازم محاذير يكون ملازمتها كافية للجزم ببطلان القول بها و المحاذير أمور.

الأول- الالتزام بإمكان تخلف العقود و ما يقوم مقامها عن قصد العاقد، فان المفروض فى المقام قصد المتعاطيين الملك و هو غير حاصل، و الحاصل هى الإباحة غير مقصودة، فإنه قد مر ان رضا كل منهما بتصرف صاحبه فى المال منوط بحصول الملك، لا انه يرضى بتصرفه مع عدم حصول الملك له.

و أجاب ره عن هذا المحذور أولا بأن تبعية العقود و ما يقوم مقامها للقصد انما هى مع صحتها، فإنه لا يعقل صحة العقد المفروض كونه أمرا إنشائيا و يكون قوامه بالقصد، بلا حصول مدلوله و مقتضاه، و المعاطاة على القول بالإباحة، ليست من العقود الصحيحة و ما يقوم مقامها، بل الإباحة الحاصلة حكم شرعى، و ليست من الإباحة المالكية التى

---

(۱)- الوسائل- الجزء ۱۳ الباب (۳) من أحكام الصلح.

(۲)- الوسائل- الجزء ۱۳ الباب (۳) من أحكام الهبات الحديث (۲).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۲، ص: ۴۲

....

لا يمكن تحققها بلا قصد.

(أقول) الالتزام بالإباحة الحكمية مناف لما تقدم منه (ره) سابقا من كون الإباحة مالكية حاصلة من تسليط المالك صاحبه بماله، مع ان الإباحة الحكمية تعبد يحتاج إلى الإثبات، و التمسك لها بالسيرة كما ترى، فإنها من العقلاء جارية على الملك اللازم و من بعض المتشرعة ناشئة عن فتوى جملة من كبار العلماء بالإباحة فلا اعتبار بها مع عدم إحراز استمرارها الى زمان المعصوم عليه السّلام.

و ثانيا انه قد وقع تخلف العقد عن القصد فى موارد، و ليكن المعاطاة منها، و تلك الموارد كما تلى: الأول- ذكروا ان الفاسد من العقد تابع لصحيحة فى الضمان، و لكن الضمان فى صحيح البيع مثلا بالثمن المسمى، و هذا مع فساد العقد غير حاصل، و الحاصل و هو ضمانه بالمثل أو القيمة غير مقصود.

(أقول) عدم إمكان تخلف العقد عن القصد معناه عدم إمكان حصول مدلول العقد و مفاده المفروض كونه إنشائيا، بلا قصد أو تحققه مع قصد الخلاف و الضمان بالعوض المسمى عبارة عن تحقق ملكية ماله للآخر بالعوض، و هذا أمر إنشائى جعلى الا ان الضمان مع فساد العقد بالمثل أو القيمة ليس امرا جعليا للمتعاقدين، بل هو حكم شرعى إمضائى تابع لموضوعه و هو الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان، و ما فى كلام المصنف (ره) من ان الموجب للضمان هو اقدام المتعاقدين عليه على ما هو مفاد العقد، لا يمكن المساعدة عليه كما سيأتى توضيحه عن قريب.

الثانى- ذكروا ان الشرط الفاسد غير مفسد، و معنى ذلك ان مدلول العقد يتحقق مطلقا من غير تقييد بالشرط المزبور مع ان المقصود تحقق مدلوله مقيدا به، فالمقيد المقصود غير موجود، و الإطلاق الموجود غير مقصود.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۲، ص: ۴۳

....

و الجواب ان الشرط فی المعاملات کما سیأتی فی محله إنشاء اللّه تعالی لیس من قبیل الشرط فی الجملة الشرطیة حتی یکون مفاد العقد معلقا علیه، بل الشرط عبارة عن جعل الحق لأحد المتعاقدین أو کلیهما و یکون إنشاء العقد معلقا علی التزام الآخر بذلک الحق، لا علی نفس الحق فلا یکون حصول الحق کما هو معنی صحة الشرط، أو عدمه کما هو معنی فساده دخیلا فی إنشاء العقد أو عدمه، و توضیح ذلک فی بحث الشروط إنشاء اللّه تعالی.

الثالث- ذکروا ان بیع شیء قابل للملک و آخر غیر قابل له بصفقة واحدة صحیح عندنا بالإضافة إلی القابل له بحصة من الثمن، مع ان المقصود هی المعاوضة بین مجموعهما و مجموع الثمن، و هذا غیر متحقق، و المتحقق و هی المعاوضة بین خصوص القابل و الحصة من الثمن غیر مقصود.

و الجواب ما سیأتی إنشاء اللّه تعالی من انحلال البیع بالإضافة الی کل من الأمرین المفروضین فی مقصود المتبایعین و إمضاء الشارع أحد البیعین دون الآخر لا یوجب الا التفکیک فی الإمضاء، و لا محذور فیه نعم یکون فی البین خیار تبعض الصفقة، لأنه یرجع الجمع بین الشیئین فی عقد واحد الی اشتراط الخیار علی تقدیر التبعیض.

الرابع- قیل و القائل کثیر ان بیع الغاصب مال الغیر لنفسه یقع لذلک الغیر مع أجازته، فالواقع و هو البیع للمالک مع أجازته غیر مقصود للعاقد، و المقصود له، و هو العقد لنفسه غیر حاصل.

و الجواب- ان المعاوضة علی عین خارجیة و تملیکها بعوض لا یتوقف علی تعیین صاحبها فی القصد، لان مقتضی کون الثمن عوضا عنها دخوله فی ملک من یخرج تلک العین عن ملکه، و قصد دخوله فی ملکه أو غیره لا دخل له فی تحقق البیع.

الخامس- ذکر جماعة ان ترک ذکر الأجل فی النکاح المقصود انقطاعه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴

....

یجعله مطلقا یعنی دائما، و هذا من تخلف العقد عن القصد، فإن الزوجیة المطلقة، أمر إنشائی فقد حصلت بلا قصد.

(أقول) فی المسئلة ثلاثة أقوال.

الأول- الانقلاب الی الدوام مطلقا.

الثانی- البطلان انقطاعا و دواما.

الثالث- التفصیل بین إنشاء العقد بلفظ أنکحت و زوجت و بین إنشائه بلفظ متعت فالانقلاب فی الأولین لظهورهما فی الدوام، و البطلان فی الأخیر، و لکن الأصح هو القول بالبطلان مطلقا و ذلک لان کلا من الانقطاع و الدوام یحتاج الی القصد کما یتوقف الانقطاع علی ذکر الأجل أیضا، و الزوجیة الدائمة المحققة إن کانت بالإنشاء فالمفروض عدمه إذ الإنشاء لا یکون بلا قصد و ان کانت من قبیل الحکم الشرعی علی العقد المقصود به الانقطاع کالإباحة الحکمیة المترتبة علی المعاطاة، فلیس علیها دلیل.

نعم فی موثقة ابن بکیر عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال ان سمی الأجل فهو متعة و ان لم یسم الأجل فهو نکاح بات «۱» و لکنها فی مقام بیان الفرق بین الدوام و الانقطاع من جهة العقد، و ان الدوام لا یذکر فیه الأجل، و الانقطاع یذکر فیه الأجل لا ان الدوام لا یحتاج الی القصد و الا کان مقتضاها تحقق الانقطاع بلا قصد، کما إذا ذکر الأجل اشتباها.

و الحاصل اشتراط عقد المتعة بذکر الأجل فیه کما هو ظاهر غیر واحد من الروایات التی منها هذه الموثقة، مقتضاه الحکم ببطلانها فی صورة نسیان ذکره فیه و انه لا یترتب علیه لا المتعة و لا الدوام.

---

(۱)- الوسائل الجزء (۱۴) الباب (۲۰) من أبواب المتعة الحدیث (۱).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۵

و منها ان يكون ارادة التصرف من المملكات (۱).

و منها ان الأخماس و الزكوات (۲).

نعم في البين بعض الروايات التي يمكن استظهار الانقلاب الى الدوام منها، و لكنها لضعف إسنادها لا يمكن الاعتماد عليها.

(۱) و هذا هو المحذور الثاني في كلام بعض الأساطين، و حاصله كون ارادة تصرف غير المالك ملكا كما إذا حصل ملك المال بإرادة تصرفه فيه أو مع تصرفه، و هذا التصرف المملك في مال الغير يحتاج الى الاذن من مالكه مع انه لم يأذن فيه، بل و ربما لا يخطر بباله التصرف المزبور ليأذن فيه، فإنه انما يعطى المال بقصد تمليكه و بقصد انه ينتهي سلطانه على المال المزبور بإعطائه، فيفترق المقام عمن يقول للآخر أعتق عبدك عنى فإنه توكيل في تمليك عبده إياه أولا ثم عتقه، كما ان قوله للآخر تصدق بمالي عنك اذن للغير في تملك ماله، ثم التصرف فيه بالتصدق.

(أقول) يمكن الالتزام بحصول اباحة التصرف بالمعاطاة قبل وقوع التصرف و هذه الإباحة حكمية لا- تحتاج إلى اذن المالك و رخصته، و التصرف الموقوف على الملك دخيل شرعا في حصول الملكية المنشأة بالمعاطاة نظير قبض الثمن في المجلس في بيع السلم، فتتم الملكية الشرعية مقارنة للتصرف.

(۲) و ذكر بعض الأساطين على القول بالإباحة محذورا ثالثا و هو انه يجب ترتيب الآثار المترتبة شرعا على الملك، على المأخوذ بالمعاطاة مع فرض عدم كونه ملكا كوجوب الخمس في المأخوذ بالمعاطاة مع عدم صيرورته ملكا، كما إذا اشترى التاجر في أواخر سنة ربحه متاعا بألف دينار، ثم زادت قيمته السوقية فباعه قبل تمام سنة الربح بألفين بالمعاطاة ثم نزلت القيمة السوقية إلى ألف فيجب عليه خمس الالف مع عدم صيرورته ملكا له بتصرف أو تصرف المشتري في المتاع المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۶

....

(أقول) لا بأس للقائل بالإباحة بالالتزام بعدم وجوب الخمس في الألف قبل صيرورته ملكا و بعد ذلك يكون من أرباح السنة الاتية، كما إذا تصرف فيه أو تصرف الآخر في المتاع و من تلك الآثار وجوب إخراج الزكاة من المال الزكوي كالذهب فيما إذا أخذه بالمعاطاة و حال عليه الحول من غير ان يتصرف فيه أو يتصرف الآخر في بدله.

(أقول) يمكن للقائل المزبور الالتزام بعدم وجوب زكاته على الأخذ قبل حولان الحول عليه في ملكه، بل يجب زكاته على بايعه، لفرض كونه مالكا قبل حصول الملك للآخر.

و من تلك الآثار الاستطاعة فإنه إذا فرض هبة مال له بالمعاطاة يكفي ذلك المال لمصارف حجه زائدا على مؤنته و مؤنة عياله و لم يتصرف في ذلك المال ليصير ملكا له، فلا بد من الالتزام بحصول الاستطاعة للحج بدون الملك.

و فيه انه لا بأس بذلك الالتزام فإن الاستطاعة الموضوع لوجوب الحج غير موقوفة على ملك المال، بل يكفي فيه ملك التصرف، و البحث موكول الى كتاب الحج و نظيره وجوب أداء الدين على المديون، أو وجوب الإنفاق على العيال، فان الوجوب في الموردين كما في وجوب الحج غير موقوف على ملك المال و قد يؤدى معظم أهل العلم ديونهم من سهم الامام عليه السّلام مع عدم كون السهم المبارك ملكا لهم، كما ينفقون على عيالهم من ذلك السهم، و جواز أداء المديون دينه بمال الغير، يلازم جواز إجباره عليه مع امتناعه.

و من تلك الآثار تعلق حق الشفعة، و المقاصة، بالمأخوذ بالمعاطاة، فإنه يجوز له المقاصة من ذلك المال و لو قبل صيرورته ملكا

للجاحد، و هذا معنی تعلق المقاصة بما لیس ملک الجاهد، و کما إذا باع أحد الشریکین فی الأرض حصته المشاعة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۷

....

من ثالث بالمعاطاة فیجوز للشریک الآخر استرداد الحصة المبیعة بأخذه بحق الشفعة و هذا فرض لتعلقها بغیر الملک.

(أقول) للقائل بعدم الملک فی المعاطاة الالتزام بعدم جواز المقاصة من المأخوذ بالمعاطاة قبل صیرورته ملکا للجاحد، کما لا یجوز فی الصحة المباعة بها الأخذ بالشفعة قبل صیرورتها ملکا للمشتری، لأن الموضوع لجواز المقاصة أو الأخذ بالشفعة کون المال ملکا للجاحد، و الحصة ملکا للمشتری، و من تلک الآثار إرث المال المأخوذ بالمعاطاة فیما إذا وقع الموت قبل التصرف فی ذلک المال.

و الجواب ان للقائل المزبور الالتزام بعدم دخوله فی المیراث، بل الداخل فیه المال الآخر الموجود فی ید الطرف الآخر، و لکن یجوز للورثة التصرف فیما کان بید مورثهم عوضا عن تصرف الآخر فی مالهم کما هو مقتضی رضاهما ببقاء المعاطاة، و مع حصول التصرف المملک یحصل الملک للطرفین، و بهذا یظهر الحال فی الموهوب بالمعاطاة.

و هذا بناء علی عدم کون الموت من ملزمات المعاطاة، و اما بناء علیه فالمأخوذ بها کسائر أموال المیت داخل فی ترکته.

و من تلک الآثار تعلق الربا بالمعاوضة بنحو المعاطاة، کما إذا بادل الف کیلو من الأرز العنبر بألفین من الأرز العادی، فلا یمکن الحکم بجواز هذه المعاطاة الربویة و صحتها، مع ان حرمة الربا و فساد المعاوضة لا یکونان الا مع التملیک.

أقول قد مر ان المعاطاة بناء علی المشهور تملیک و لکن الشارع لم یمضها الا بعد وقوع التصرف المملک، و ان التصرف المزبور، کالقبض فی المجلس فی معاملة الصرف شرط شرعی، و کل من حرمة الربا، و فساد المعاوضة الربویة یعم ما إذا کان فی المعاملة شرط شرعی آخر و قد مر ایضا ان اباحة التصرف الثابتة قبل الملک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸

و منها کون التصرف من جانب مملکا للجانب الآخر (۱) و منها جعل التلف السماوی من جانب (۲)

اباحة حکمیة فلا ینافی ثبوتها مع کون المعاطاة معاوضة فی الملک. و من تلک الآثار جواز الوصیة بالمأخوذ بالمعاطاة حتی مع عدم التصرف فیه قبل الموت.

(أقول) بناء علی ان موت أحد المتعاطیین من ملزمات المعاطاة فلا بأس بالوصیة.

و من تلک الآثار ان الواهب لجمیع أمواله للغیر بالمعاطاة یجوز له أخذ الزکاة باعتبار فقره بعد الهبة المزبورة، مع ان تلک الأموال لا تخرج عن ملکه بالمعاطاة علی الفرض. و کذا یحکم بعدم جواز أخذ الزکاة للمتهب بها باعتبار غناه مع عدم انتقال تلک الأموال إلی ملکه.

و فیه ان وصف الغنی الموجب لعدم جواز أخذ الزکاة أو الفقر الموجب لجوازه غیر موقوف علی حصول الملک و عدمه، کما ذکر تفصیل ذلک فی البحث فی أوصاف المستحقین فی کتاب الزکاة.

(۱) و هذا المحذور الرابع فی کلام بعض الأساطین کالاعادة للمحذور الثانی.

و قد تقدم مع جوابه.

(۲) قد أدرج فی هذا المحذور أمور أربعة.

الأول- الالتزام بان تلف أحد المالین فی ید أحدهما بأمر غیر اختیاری موجب لتملک الآخر ما بیده من المال.

الثانی- الالتزام بان تلف کلا المالین بتفریط من المتعاطیین موجب لضمان کل منهما ملک الآخر بالعوض المسمی، کما لو أخذ متاعا

بدینار بالمعاطاة و تلف المتاع و الدینار فی یدهما فیکون تلفهما موجبا لتملک کل منهما ما تلف فی یده، مع ان مقتضی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹

....

القاعدة یعنی قاعدة الید کون ضمان المتاع بقیمة المثل لا بالقیمة المسماة، فإن اختلف القیمتان بان کانت قیمة المثل أقل فیرجع الی مالک المتاع بالتفاوت بینهما.

الثالث عدم إمکان الالتزام بحصول الملک أو عدم حصوله فی صورة وقوع المال بید الغاصب أو تلفه فی یده فان القول باستحقاق المأخوذ منه المطالبة بالمال من الغاصب لانه تملکه بالغصب أو بالتلف فی ید الغاصب غریب و القول بأنه لم یملک و لا یکون له استحقاق المطالبة، بل یکون الاستحقاق للمبیح بعید جدا.

الرابع انه لا- یمکن الالتزام بحصول الملک عند تلفه فی یده قهرا کما لا یمکن الالتزام بعدم حصول ملکه فإنه ان کان حصول ملکه قبل تلفه فهو بلا وجه و ان کان حصوله مقارنا للتلف فهو بعید لان المال فی زمان تلفه غیر قابل لحدوث ملکه و ان کان حصوله بعد تلفه فهو من ملک المعدوم، و ان لم یحصل الملک أصلا کان ملک الآخر بلا عوض و الالتزام بأن الآخر أیضا لا یملک المال الآخر الموجود فی یده مخالف للسیرة و بناء المتعاطیین.

«أقول» کل ذلک و ما یذکره بعد ذلک ینتهی بما ذکرنا آنفا من أن المنشأ بالمعاطاة الملکیة غایة الأمر بناء علی القول بالإباحة جعل الشارع للملکیة شرطا کجعل القبض فی المجلس شرطا فی بیع الصرف و الشرط المعتبر أحد الملزومات التی سیأتی ذکرها.

و من تلک الملزمات تلف المال قهرا أو تفریطا أو وقوعه فی ید الغاصب الی غیر ذلک فإنه لا وجه لرفع الید عن حل البیع أو لزوم العقد الشامل للمعاطاة إلا فی مورد الیقین، و هو مورد عدم حدوث شیء من تلک الملزمات.

و أجاب المصنف ره عن هذا المحذور المتضمن للأمور الأربعة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰

....

بما حاصله.

ان مقتضی الإجماع عدم ضمان تلف المال قهرا أو تفریطا، بالمثل أو القیمة و علی ذلک فالأمر یدور بین القول ببقاء المال المزبور علی ملک مالکه الأول و لا ضمان فیه بان یخصص عموم حدیث علی الید حیث ان مدلوله ثبوت الضمان فی کل مورد یضع انسان یده علی مال الغیر بلا استیمان فیقال ان فی مورد المعاطاة لا ضمان علی من یتلف مال الغیر فی یده و بین إبقاء الحدیث علی عمومه و یقال بأن المأخوذ فی المعاطاة یصیر ملکا لمن یتلف فی یده کما ان المال الآخر یصیر ملکا للآخر و هذا مقتضی التحفظ علی عموم الحدیث مع ملاحظة الإجماع المزبور.

ثم ان فی هذا الفرض أی فرض حصول الملک مقتضی أصالة عدم حدوث الملک قبل التلف حدوثه مقارنا له فیکون المقام نظیر تلف المبیع فی ید بایعه حیث ان مقتضی عدم ضمان المبیع بالمثل أو القیمة مع ملاحظة الروایة الواردة فی ان تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه هو الالتزام بدخول المبیع قبل تلفه فی ملک بایعه و مقتضی المعاوضة انتقال الثمن ایضا الی ملک المشتری و لذا یقال ضمان البائع قبل القبض، معناه انحلال البیع بالتلف قبل القبض.

أقول: یرد علی المصنف أولا انه لا مجال للأخذ بحدیث علی الید مع العلم بعدم شموله للمورد تخصیصا أو تخصصا کما قرر فی الأصول لأن الضمان المستفاد منه لا یعم الضمان بالمسمی، فان ظاهره أداء نفس المال و لو بمالیته و ثانیا أنه لو صح الأخذ بالإجماع

فی أمثال المقام، فالظاهر قیامه علی ملک المال بالتلف فلا حاجهٔ الی حدیث علی الید أصلا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱

و الجانی علیه و المتلف له (۱) و شمول الاذن له خفی (۲) و منها قصر التملک علی التصرف (۳) أن لکل منهما المطالبهٔ ما دام باقیا (۴) یحتمل ان یحدث النماء فی ملکه (۵) و بالجملهٔ فالخروج عن أصالهٔ عدم الملک (۶).

---

(۱) أی الجانی علی المأخوذ بالمعاطاهٔ و المتلف لذلک المأخوذ.

(۲) یعنی شمول اذن مالک الأصل للتصرف فی نمائه خفی.

(۳) و حاصله ان القول بعدم حصول الملک فی المعاطاهٔ من الأول بل حدوثه عند التصرف یبتنی علی ان اذن المالک فیه اذن فی التملیک ایضا فیتعین الالتزام بان المتصرف یکون بتصرفه مملکا و متملکا المال الذی بیده و هذا معنی اتحاد الموجب و القابل و لو صح کون التصرف تملیکا و تملکا لجری ذلک فی قبض المال من مالکه، فیکون قبضه إیجابا و قبولا، بل قبضه اولی بما ذکر فإنه تصرف من مالکه بقصد الملک.

أقول قد تقدم ان التصرف شرط لحصول الملکیهٔ نظیر القبض فی الهبهٔ، و لا- یکون إیجابا و لا قبولا و جواز التصرف قبل حصول الملک من قبیل الإباحهٔ الحکمیهٔ لا الإباحهٔ بإذن المالک، و لا یجری شیء من ذلک فی قبض المال.

(۴) یعنی لکل من المبیح و المأخوذ منه حق الرجوع الی الغاصب.

(۵) یعنی فی ملک الأخذ بمجرد اباحهٔ الأصل له.

(۶) لا یخفی ان مقتضی الأصل العملی فی المقام و ان کان الفساد و عدم حصول الملک بالمعاطاهٔ کما مر سابقا الا ان الأصل العملی لا اعتبار به فی مقابل إطلاق دلیل حل البیع و الهبهٔ و غیرهما فلا وجه لجعل العدول عن الأصل مشکلا و الشهرهٔ فی کلام القدماء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۲

بناء علی أصالهٔ اللزوم فی الملک (۱)

قد عرف وجهها، و الإجماع المنقول فی کلام الغنیهٔ غیر ثابت و یکفی فی ذلک ملاحظهٔ الوجه الثانی الذی ذکره لعدم اعتبار الاستدعاء و الإیجاب و المعاطاهٔ، فإنه لو کان عدم حصول الملک فی المعاطاهٔ إجماعیا لذکر ان البیع مع حصول الإیجاب و القبول مجمع علی صحته و حصول الملک به و مع عدمهما مجمع علی فساده و عدم حصول الملک، مع انه ذکر ان البیع معهما مجمع علی صحته و لا دلیل علی صحته بغیرهما.

اللهم الا ان یقال ان تعبیره بذلک لئلا یرجع الوجه الثانی إلی الوجه الأول.

(۱) و حاصل کلامه انه بناء علی حصول الملک فی المعاطاهٔ و دوران کونه ملکا جائزا أو لازما یحکم باللزوم و یقتضیه وجوه: الأول- استصحاب الملک الحاصل بالمعاطاهٔ و عدم زواله برجوع أحد المتعاطیین بلا رضا صاحبه و ربما یورد علی هذا الاستصحاب بکونه من قبیل استصحاب الکلی فإنه بعد رجوع أحد المتعاطیین یعلم بعدم الملک الجائز و الملک اللازم حدوثه من الأول مشکوک.

و أجاب ره عن ذلک بان استصحاب الملک فی المقام علی تقدیر کونه من قبیل استصحاب الکلی فهو من القسم الثانی منه الذی یتردده فیه الکلی الحادث بین کونه فی ضمن فرده الطویل أو القصیر، و فی مثله لا بأس باستصحاب الکلی لترتیب آثار بقائه.

هذا أولا و ثانیا فلان الاستصحاب فی المقام من قبیل استصحاب الشخص لا الکلی، و المستصحب شخص الملک المحتمل بقائه بعد رجوع أحد المتعاطیین، و ذلک فان اللزوم أو الجواز من الحکم للملک الحادث، کسائر الأحکام المترتبهٔ علیه، و یختلف الحکم باعتبار اختلاف أسباب حصوله من کونه بالهبهٔ أو الصلح

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۳

....

أو البیع بالإیجاب و القبول لفظا أو بالمعاطاة و غیرها، و یشهد لکونهما من الحکم لا من الفصل الممیز لأحد النوعین عن الآخر، عدم الفرق فی المنشأ فی الهبة اللازمة أو الجائزة و ایضا لو کان کل منهما فصلا ممیزا فان کانا بفعل المتعاقدین و إنشائهما، فاللازم کونهما تابعین لقصدهما، و ان کانا بجعل الشارع نوع الملک الذی أمر إنشائی بلا قصد العاقد، فهذا فرض لتخلف العقد عن القصد، و الکلام الجاری فی دوران الأمر بین کون الملک هو اللازم أو الجائز لا یختصص بالمعاطاة حتی یعتذر عن تخلفها عن القصد بما تقدم سابقا من عدم لزوم تحقق المعاملات الفعلیة علی طبق قصد المتعاطیین.

و ذکر ایضا انه یکفی فی جریان الاستصحاب الشک فی ان اللزوم من خصوصیات الملک أو من لوازم السبب المملک.

أقول لا وجه لهذا الکلام أصلا فإنه بناء علی جریان الاستصحاب فی القسم الثانی کما هو الحق، فالاستصحاب فی بقاء الملک صحیح حتی مع الجزم بان اللزوم من خصوصیات الملک. و بناء علی عدم جریانه فیه و کون القسم الثانی کالثالث منه فی عدم الجریان، فالشک فی ان اللزوم من خصوصیات الملک یوجب عدم جریان الاستصحاب، و ذلک فان المقام یکون من قبیل الأخذ بالعام فی شبهة المصداقیة، لا من قبیل الأخذ به فی الشک فی مصداق المخصص لیقال باعتبار العام معه، کما عن بعض.

و ان شئت قلت عدم جریان الاستصحاب فی ناحیة الکلی فی القسمین لیس لورود المخصص العقلی أو النقلی علی عموم خطاب الاستصحاب، بل باعتبار عدم تحقق نقض الیقین بالشک فیهما، و قد ذکر فی محله ان خطاب العام کسائر الخطابات لا یتکفل لإثبات موضوعه و حصوله فی الخارج، بل مدلوله الحکم للموضوع علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۴

فلا إشکال فی أصالة اللزوم (۱)

تقدیر حصوله، و مع دوران أمر الملک بین اللزوم و الجواز و الشک فی کونهما من خصوصیات الملک أو من أحکام السبب المملک لا یحرز موضوع اعتباره و کون رفع الید عن الملک بعد رجوع أحد المتعاطیین من نقض الیقین بالشک.

اللهم الا ان یقال الوجه فی عدم جریان الاستصحاب فی ناحیة الکلی فی القسم الثانی لیس ان الکلی لا حصول له بنفسه، و ان الحاصل هو الفرد، و بما ان الفرد مردد بین القصیر و الطویل، و بالإضافة إلی القصیر لا یحتمل البقاء، و بالإضافة إلی الطویل لا علم بالحدوث، فیختل أرکان الاستصحاب و مع احتمال کون الملک اللازم و الجائز من هذا القبیل یکون التمسک بخطاب الاستصحاب من الأخذ به فی شبهته المصداقیة بل الوجه فی عدم جریانه حکومة استصحاب عدم حدوث الفرد الطویل علیه، لان الشک فی بقاء الکلی مسبب عن احتمال حدوثه، و إذا أحرز عدم حدوثه فلا مجال لاحتمال بقاء الکلی لیجری فیه الاستصحاب، و فیما إذا لم یحرز کون استصحاب الملک بعد رجوع أحد المتعاطیین من قبیل الشخص أو الکلی فیجری الاستصحاب فی ناحیته لعدم إحراز الأصل الحاکم علیه، و هذا معنی کفایة الشک.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی استصحاب علقة المالک الأول. و وجه الظهور ان جواز الرجوع علی تقدیره لا تکون علقة فی المال، بل هو حکم حادث، و العلقة الحاصلة سابقا للمالک الأول و هی الملک قد زالت جزما، بل لو کان جواز الرجوع من قبیل العلقة فی المال فهو مسبوق بالنفی، لا بالثبوت و احتمال حدوثه بعد ارتفاع الملک یدخل المقام فی القسم الثالث من استصحاب الکلی، و قد ذکر فی محله عدم اعتباره فیه.

(۱) لا فرق فی جریان استصحاب الملک عند الشک فی لزومه و جوازه بین کون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۵

....

الشبهة حكمية كما فى المعاطاة أو موضوعية كما إذا تردد ما فى الخارج من العقد بين كونها هبة أو صلحا بلا عوض، فان الملك فى الأول جائز و فى الثانى لازم، و مقتضى بقاء الملك بعد الرجوع، لزومه.

و احتمل المصنف (ره) التحالف عند التداعى، و لكن لم يظهر له وجه صحيح، فإن الأثر الخاص فى المقام و هو جواز الرجوع مترتب على الهبة و مقتضى الأصل عدمها و اما عدم جواز الرجوع فلا يحتاج إلى إثبات وقوع الصلح، بل هو مقتضى ثبوت الملك و لو بالاستصحاب فالمورد من موارد الدعوى و الإنكار لا من موارد التداعى.

ثم لا يخفى ان استصحاب الملك فى موارد الشبهة الحكمية من قبيل استصحاب الشخص لما عرفت من ان اللزوم و الجواز من أحكام الملك، فيستصحب بعد رجوع أحد المتعاطيين نفس ذلك الشخص، بخلاف استصحاب الملك فى الشبهة الخارجية فإنه يكون من استصحاب الكلى لا محالة، فإن المنشأ فى الهبة فرد من الملك و فى الصلح فرد آخر نعم الفردان متحدان فى الحقيقة كما تقدم.

و ايضا لا يكون. الشك فى بقاء الملك بعد فسخ أحد المتعاطيين من الشك فى المقتضى حتى بناء على كون الملك الجائز و الملك اللازم سنخين من الملك، و ذلك فان الشك فى المقتضى على ما يظهر من كلمات الشيخ (ره) ما يكون انتفاء الحادث بمجرد انقضاء الزمان كانقضاء وجوب الصوم بانقضاء النهار لا بحدوث زمانى آخر، و بما ان الفسخ أمر زمانى يكون ارتفاع الملك معه من الارتفاع بالرافع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۶

و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر (۱).

---

(۱) الوجه الثانى فى لزوم الملك الحاصل بالمعاطاة العموم فى رواية (الناس مسلطون على أموالهم) حيث ان مقتضى ذلك العموم ان يكون سلطنة المال المأخوذ بالمعاطاة لمن يملكه بها و لازم ذلك ان لا يكون لصاحبه سلطنة التصرف فيه بإرجاعه إلى ملكه برجوعه فى المعاطاة.

و بهذا يظهر فساد التوهم بان التمسك بالحديث لبطلان فسخ الآخر من التمسك بالعام فى شبهته المصداقية، حيث ان بعد فسخه لا يحرز كون المال ملكا لمن بيده حتى يثبت بسلطانه عليه و بجواز تصرفاته فيه بطلان فسخ الآخر و وجه الظهور ان التمسك بالحديث ليس باعتبار شموله للتصرفات المتعلقة بالمال و إثبات السلطنة عليه بعد فسخ الآخر ليقال انه لم يحرز بعد فسخه كونه مالا لمن بيده بل التمسك به باعتبار شمول الحديث للمال المأخوذ بالمعاطاة قبل فسخ الآخر و ان مقتضاه بطلان ذلك الفسخ، حيث ان مدلوله ان السلطنة على ذلك المال بالإضافة الى جميع التصرفات فيه و منها إبقائه على الملك أو الإخراج عنه بيد مالكه، فلا يمكن للغير إخراجه عن ملكه قهرا عليه، و هذا معنى بطلان الفسخ.

و لكن لم يرتض بهذا الظهور الإيروانى (ره) فذكران السلطنة على المال و ان يراد منها السلطنة على التصرفات فيه الا ان التصرفات تختص بالمتفرعة على كون الشيء مالا ـ له، و اما ان الشيء ماله، أولا ـ أو انه بفسخ الآخر يسقط عن كونه مالا ـ له أم لا ـ فلا يثبت بالحديث كما لا يثبت به عدم سقوط الخل مثلا عن كونه مالا له بصيرورته خمرا، و ان كنت فى ريب مما ذكرنا فلاحظ دليل ولاية الأب على الصغير فان له الولاية عليه متفرعا على صغره و ليس له الولاية على إبقائه صغيرا.

(أقول) السلطنة و ان كانت متفرعة على كون شيء مالا ـ لشخص الا ـ ان التصرف فى ذلك الشيء بنحو يوجب خروجه عن ملكه فسلطانه ايضا بيد مالكه، فإن الإخراج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۵۷

و منه يظهر جواز التمسك بقوله لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (۱).

عن الملك من التصرف المعهود المتعارف المتعلق بالمال، و هذه السلطنة لا تجتمع مع نفوذ فسخ الآخر و رجوعه فى المعاطاة، حيث ان معنى نفوذه سلطنة الآخر على الإخراج، و قصور يد مالكه، و لا يقاس ذلك بولاية الأب على الصغير فإن إخراج الولد عن صغره ليس من فعل الأب.

و لكن مع ذلك لا ـ نظر للحديث إلى إمضاء الإنشاءات و لا إلى أنواع التصرفات المفروض تعلقها بالمال كما ذكرنا تفصيل ذلك سابقا، بل مدلولها ان للمالك الولاية على التصرفات المشروعة، و انه غير محجور عليه بالإضافة إليها و من الظاهر ان الشك فى المقام ليس فى ولاية المالك على تلك التصرفات بل الشك فى مشروعية فسخ غير المالك و رجوعه فى المعاطاة.

و الحاصل ان مشروعية هذا الرجوع و عدمها خارجة عن مدلوله، بل ما نحن فيه نظير ما إذا شك فى مشروعية تصرف ككون الاعراض موجبا لخروج الشيء عن ملك الشخص حيث لا يصح التمسك بالحديث لإثبات صحته. هذا كله مع الإغماض عن ضعف السند و كونها مرسلة كما لا يخفى.

(۱) كان وجه الاستدلال ان اضافة الحلية أو عدمها الى المال، كاضافتها إلى سائر الأعيان مقتضاها حلية جميع التصرفات المتعارفة المتعلقة به سواء كانت اعتبارية أو حقيقية، غاية الأمر تكون الحلية أو عدمها بالإضافة إلى الاعتباريات ظاهرة فى الوضع، و بالإضافة إلى التصرفات الحقيقية ظاهرة فى التكليف، و على ذلك فلا يصح رجوع أحد المتعاطيين فى المال المملوك لصاحبه بالمعاطاة إلا برضاه حيث ان الرجوع تملك و تصرف فى مال الغير بلا رضاه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۵۸

و يمكن الاستدلال ايضا بقوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ (۱).

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما عن السيد الخوئى (طال بقاه) من ان مدلول الحديث الحكم التكليفى فقط و لا يحتمل الحرمة التكليفية فى فسخ الطرف الآخر حتى يتمسك به فى إثباتها.

و وجه الضعف ما ذكرنا من ان الظاهر من اضافة عدم الحل الى المال الذى من قبيل الأعيان تعلقه بالتصرفات المتعارف تعلقها به سواء كانت حقيقية أو اعتبارية و مقتضى عدم الحل فى الاعتباريات هو الوضع كما ظهر وجه فساد التوهم بان الاستدلال بالرواية على عدم نفوذ رجوع أحد المتعاطيين بلا ـ رضا الآخر، من التمسك بالعام فى شبهته المصداقية، بدعوى ان الحكم بعدم الحل فى تصرفات الفاسخ فى المال بعد رجوعه و ان لا يكون الا مع بطلان رجوعه الا انه لم يعلم ان المال بعد رجوعه ملك الآخر حتى لا يحل للفاسخ التصرف فيه.

(۱) وجه الاستدلال أمران: الأول- الحصر المستفاد من الاستثناء المذكور بعد النهى بدعوى انه يستفاد من الآية ان الموجب لأكل مال الغير يعنى تملكه منحصر بالتجارة و التراضى، و ان التملك بغيرهما من التملك بالباطل، فلا يكون جائزا، و من الظاهر ان الرجوع فى المعاطاة و تملك مال الآخر به ليس بتجارة و لا عن تراض.

و الثانى- ان المراد بالأكل بالباطل فى الجملة المستثنى منها هو التملك بالوجه الباطل عرفا و فى بناء العقلاء، و ان التملك كذلك باطل فى الشرع ايضا، كما هو مقتضى النهى، و لو كان متعلق النهى هو الأكل بالباطل شرعا كان الكلام لغوا، و الرجوع فى المعاطاة فى بناء العقلاء تملك لمال الغير بلا حق، فإن المعاطاة كما ذكرنا معاملة لازمة عندهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۵۹

و التوهم المتقدم فى السابق غير جار هنا (۱).

نعم لو فرض فى مورد الاذن من الشارع فى تملك مال الغير بلا رضاه كما فى موارد الخيارات الشرعية يكون الدليل المتضمن للاذن المزبور حاكما على النهى المزبور، لا- مخصصا حيث ان التملك المزبور لا- يكون باطلا- مع التعبد المزبور كما فى سائر موارد الحكومة.

(أقول) الوجه الثانى من التمسك بالآية صحيح، و الوجه الأول غير صحيح و ذلك فان الاستثناء فى الآية من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصرا، حيث ان التجارة عبارة عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار فى الأسواق، و التجارة بهذا المعنى لا تكون داخلة فى عنوان الأكل بالباطل حتى يعمها النهى لو لا ذكر الاستثناء.

و بالجملة الآية متضمنة لحكم التملك بالباطل و انه فاسد فى الشرع و لحكم التملك بالتجارة و التراضى و انه جائز، و اما سائر المملكات التى لا تدخل فى عنوان الأكل بالباطل بحسب بناء العقلاء كالهبة و الإجارة و الصلح و البيع و الشراء لا بقصد تحصيل الربح الى غير ذلك فليست للاية دلالة عليها، و على ذلك فعدم كون الرجوع من التجارة و لا من التراضى لا يوجب الحكم بفساده.

(۱) و وجه عدم الجريان انه كان التوهم مبنيا على ان إثبات عدم الحل لتصرفات الفاسخ فى المال الذى بيد الآخر الملازم لبطلان فسخه من التمسك بالعام فى شبهته المصداقية حيث لا يحرز ان تصرفاته فيه بعد فسخه تصرف فى مال الغير حتى لا يحل و كذا الحال فى سلطنة من أخذ المال بالمعاطاة فإنها و ان تلازم بطلان فسخ الآخر الا ان إثبات هذه السلطنة بعد فسخ الآخر بقوله صلّى اللّه عليه و آله الناس مسلطون على أموالهم من التمسك بالعام فى شبهته المصداقية حيث لا يعلم بعد الفسخ انه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۶۰

و قد يستدل ايضا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على ان المراد بالعقد مطلق العهد (۱).

ماله حتى يثبت له سلطنة التصرف فيه.

و الحاصل مبنى التوهم هو ان بطلان الفسخ مدلول التزامى للروايتين و متفرع على جواز التمسك بالعام فى شبهته المصداقية و هذا بخلاف الآية فان المراد بالأكل فيها تملك المال فيكون متعلقة مال الغير لو لا التملك و هذا العنوان ينطبق على نفس الفسخ فيكون بطلانه داخلا فى المدلول المطابقى لها كما لا يخفى.

(۱) لو كان المراد هو العهد فعمومه للمعاطاة ظاهر الا ان استفادة اللزوم مبنى على كون المراد بالوفاء إتمام العهد و إبقاء العقد ليكون الأمر به ظاهرا فى الإرشاد إلى لزومه كما هو ظاهر تعلق الطلب بالفعل الاعتبارى فإنه كما يكون الأمر بإيجاد العقد ظاهرا فى صحته كذلك يكون الأمر بإبقائه ظاهرا فى لزومه.

و اما إذا كان المراد من الوفاء العمل على طبق العقد و العهد نظير الوفاء بالنذر و اليمين فالأمر به لا- يكون ظاهرا إلا فى الحكم التكليفى، حيث ان الوفاء بالعقد نظير الوفاء بالنذر و اليمين فعل حقيقى و وجوبه لا يلازم لزوم الملك.

اللهم الا ان يقال بقاء وجوب العمل على العقد حتى بعد فسخ أحد المتعاقدين يلازم لزوم الملك، أو يقال بان الأمر بالعمل على طبق العقد بتسليم المثمن و الثمن و غير ذلك و ان يكون تكليفا الا ان الوفاء بالعقد يعم عدم نقضه بالفسخ، و الأمر بالإضافة إلى ترك نقضه إرشاد إلى فساده و قد تقدم إمكان كون الأمر بالإضافة الى بعض الأفعال تكليفيا و بالإضافة إلى الآخر وضعيا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۶۱

و كذلك المؤمنون عند شروطهم (۱).

لا يقدح فى الإجماع على طريق القدماء (۲).

و یظهر ذلک من غیر واحد من الاخبار (۳) بقی الکلام فی الخبر الذی تمسک به (۴).

---

(۱) صدق الشرط و ظهوره فیما یعم الالتزام الابتدائی غیر محرز کما ذکر ذلک المصنف ره أیضا فی باب الشروط و علیه فلا یمکن التمسک به فی المقام حتی مع عدم اعتبار الإنشاء اللفظی فی صدقه.

(۲) فان علی طریقهم یکون اتفاق علماء العصر الواحد کافیا فی إحراز قول الامام (ع) و لو بقاعدة اللطف بخلاف طریق المتأخرین، فإنه لا بد من کون الاتفاق بحیث یکون بینه و بین قوله علیه السّلام ملازمة عادیة أو اتفاقیة و لا یکون هذا مع الاختلاف فی المسألة بنحو ما ذکر من ذهاب بعضهم إلی انها لیست بیعا و لا مفیدا للملک، و بعضهم إلی انها بیع مفید لملک غیر لازم.

(۳) یعنی یظهر اعتبار الإنشاء باللفظ فی لزوم البیع من غیر واحد من الاخبار، و یأتی التعرض لها فی کلامه (ره) بعد ذلک.

(۴) و رواه فی الوسائل عن الشیخ و الکلینی قدس سرهما و علی کلا النقلین سنده ضعیف فإن الراوی عن الامام علیه السّلام و هو خالد بن الحجاج لم یوثق نعم اخوه یحیی بن الحجاج موثق و ما فی نسخة الکافی ابن نجیح بدل ابن الحجاج اشتباه بقرینة محمد بن ابی عمیر الراوی عن یحیی فلاحظ.

و لا یخفی ان فی البین مسئلتین إحداهما بیع العین الخارجی مع عدم کونه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶۲

....

عند البیع مالکا لها بان یبیع تلک العین من شخص ثم یشتریها من مالکها و یدفعها إلی المشتری، و هذه عند المشهور محکومة بالبطلان و یدل علیه مضافا الی انه مقتضی القاعدة روایات خاصة و منها عند المصنف ره و جماعة أخری هذا الخبر.

و لا بأس فی المسألة بالمقاولة مع المشتری فی تلک العین ثم تملکها من مالکها ثم بیعها من ذلک المشتری.

الثانیة ان یکون غرض الإنسان تحصیل المال بلا ابتلاء بمحذور الربا فیبیع شیئا کثوبه من شخص نقدا بمقدار ثم یشتری ذلک الثوب من المشتری المزبور فی ذلک المجلس بالأزید نسیئة، و فی هذه الصورة یکون اشتراط بیع الثوب منه ثانیا فی البیع الأول موجبا لفساده.

نعم لا بأس بمجرد المقاولة، و ظاهر الخبر و لا أقل من الاحتمال هی المسألة الثانیة و انه لو لم یکن البیع الثانی شرطا فی الأول بحیث یمکن للبائع شراء ذلک الثوب ثانیا و عدمه فلا بأس، و لعل هذا هو الموجب لذکر الشیخ ره الخبر فی باب النقد و النسیئة و کیف کان فلا یضر ذلک بما نحن بصدده من حکایة الاستدلال بقوله علیه السّلام (انما یحلل الکلام و یحرم الکلام).

و قد ذکر المصنف ره فی هذه الجملة مع الإغماض عن سائر الروایة وجوها أربعة:

الأول- ان یراد بالکلام معناه اللغوی و هو اللفظ الدال علی المعنی، و ان الحلال أو الحرام لا یکون الا باللفظ الدال، فلا یکون شیء حلالا أو حراما بمجرد القصد أو مع الدلالة علیه بغیر اللفظ کالفعل. و هذا الوجه علی تقدیر تمامه یکون موجبا لعدم الاعتبار بالمعاطاة أصلا، فإن الدال فیها علی الملک فعل لا لفظ.

الثانی ان یراد بالکلام اللفظ مع مدلوله فان اللفظ باعتبار مدلوله کما یوصف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶۳

....

بالصحة و البطلان کذلک یوصف بکونه محللا و محرما بان یکون الغرض الواحد تحصیله بکلام حلالا و بکلام آخر حراما مثلا

حصول حق الاستمتاع من المرأة بکلام یکون مضمونة نکاحا انقطاعا حلال، و بکلام یکون مضمونة إجارة أو نحوها حرام و ان الحصة فی المزارعة تعیینها بکلام یکون مضمونة تقسیم الثمرة علی البقر و البذر حرام، و بکلام یکون مضمونه تقسیم الثمرة لصاحب الأرض و الزارع حلال و هکذا.

الثالث- ان یراد بالکلام العقد إیجابا و قبولا، و ان وجوده محلل و عدمه محرم أو بالعکس أو ان تحققه فی محل محلل و حصوله فی محل آخر محرم مثلا الإیجاب و القبول علی المال قبل تملکه محرم، فإنه بیع ما لیس عندک و تحققه بعد تملک المال محلل.

الرابع ان یراد بالکلام المحلل المساومة و المقاولة من غیر عقد و الکلام المحرم الإنشاء و العقد فیکون المقاولة علی بیع ما لیس عنده محللا و العقد علیه محرما و الاستدلال بالخبر علی المعاطاة مبنی علی الوجه الأول الذی ضعفه المصنف (ره) بوجهین.

الأول لزوم تخصیص الأکثر، فإن المحللات و المحرمات فی الشرع لا تنحصر باللفظ، بل ندرة تحریم اللفظ و تحلیله بالإضافة إلی سائر موجبات الحل و الحرمة لا تحتاج الی البیان.

أقول- هذا الأمر غیر تام فان دعوی انصراف الخبر الی موجب الحل و الحرمة فی المعاملات کما هو مورده قریبة لان المعاملات تکون باللفظ و بالکتابة و الإشارة و القصد المجرد و العقل، و المستفاد من الخبر عدم العبرة بسائر المحققات غیر الکلام.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶۴

کما یشعر به قوله علیه السّلام فی روایة أخری (۱).

الثانی ان المعنی فی الوجه الأول لا یناسب مورد الروایة و لا الحکم فیها بنفی البأس. و أورد (ره) بذلک علی الوجه الثانی و ذکر ان احتماله ایضا لا یناسب موردها فیتعین حمل الجملة الخبریة علی أحد الوجهین الآخرین أی الثالث و الرابع و علی ذلک فلا دلالة لها علی مسألة المعاطاة.

ثم انه (قده) وجه دلالة الخبر علی عدم الاعتبار بالمعاطاة باعتبار انه لو کانت المعاطاة کالإیجاب و القبول اللفظیین لما کان وجه لذکر خصوص الکلام بعد اداة الحصر، بل کان المناسب ان یقال انما یحرم إیجاب البیع کان بالکلام أو بغیره. و لکن ناقش ره فی التوجیه بان ذکر الکلام باعتبار ان فی مورد الروایة لا یمکن إیجاب البیع بالمعاطاة لأن المبیع کان عند مالکه الأول.

أقول المفروض فی الخبر کون المبیع عند من طلب منه الشراء کما هو ظاهر الإشارة فی قوله (اشتر هذا الثوب) و ثانیا ان إنشاء البیع بالمعاطاة لا یتوقف علی الإعطاء من الجانبین کما یأتی، بل یکفی تحققه من طرف واحد، بان یکون مثلا إیجاب البیع بأخذ الثمن من المشتری و قبوله بإعطائه بقصد الشراء و لعله الی ذلک أشار (ره) بقوله فتأمل.

و الصحیح ان ذکر الکلام باعتبار فرض المقاولة و المساومة فی الروایة، و انها ربما تکون متضمنة لإنشاء البیع و الالتزام قبل تملک المتاع، و ربما لا تکون، لا لأن لإنشاء البیع بالکلام خصوصیة لا تجری فی المعاطاة.

(۱) لا یخفی عدم الإشعار فی الروایة أصلا فإن قوله علیه السّلام (و لا تواجبه.

البیع قبل ان تستوجبها أو لتشریها) یعم مواجبة البیع بالمعاطاة کما مر ثم ان ظاهر هذه الروایة التی لا- بأس بسندها تحقق البیع بالاستیجاب و الإیجاب و القبول، حیث ان ذلک مقتضی عطف الاشتراء علی الاستیجاب.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶۵

[ینبغی التنبیه علی أمور]

[الأول الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم علی القول بإفادتها الملک بیع]

الأول الظاهر ان المعاطاة (۱)

و مما ذكرنا يظهر الحال فى صحيحة العلاء فان قوله عليه السّلام فيها (فإذا جمع البيع جملة واحدة) يعم جمع البيع بالمعاطاة.

لا يقال: إنشاء البيع بنحو المرابحة بأن يقول اشتريت هذا بألف و أبيعك فى كل عشرة بدوازده و قبول المشترى البيع كذلك مكروه و لكن لا بأس بنسبة الربح الى رأس المال فى المقاولة و إنشاء البيع على نحو المساومة كما هو ظاهر الرواية و من الظاهر ان جعل الثمن مقدارا معينا فى البيع مع نسبة الربح الى رأس المال فى المقاولة لا يكون الا مع إنشاء البيع بالإيجاب و القبول لفظا، و الا كان البناء على المقدار المعين أيضا فى المراوضة، لا فى إنشاء البيع.

فإنه يقال يمكن المعاطاة فى الفرض، كما إذا قال بعد المقاولة و بيان نسبة الربح إلى أصل المال و عند إنشائه بالمعاطاة الثمن ألفان، هذا مع انه يكفى فى المعاطاة الإيجاب لفظا و القبول فعلا. و الحاصل ان هذه الرواية نظير صحيحة عبد اللّه بن سنان لا اشعار فيها على اعتبار اللفظ أصلا، حيث ان الشراء أيضا فى الصحيحة يعم المعاطاة كما لا يخفى.

(۱) هذا الأمر بيان لاعتبار شرائط البيع فى المعاطاة و عدمه أقول قد ظهر مما قدمنا انه مع قصد المتعاطيين الإباحة يجوز للآخر خصوص التصرف الذى لا- يكون موقوفا على الملك، بأن يكفى فيه طيب نفس المالك كما هو الحال فى الإباحة المالكية فى غير المقام، و بناء على قصد الملك لا فرق بين المعاطاة و سائر البيوع من حيث الحكم حتى فى اللزوم، و جريان الخيارات، و غير ذلك من الأحكام حيث ان المعاطاة بيع حقيقة، فيترتب عليها ما يترتب على سائر البيوع، و التطويل فى المقام بلا طائل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۶۶

و الأقوى اعتبارها و ان قلنا بالإباحة (۱) بالنسبة إلى الرد دون الأرش (۲)

[الأمر الثانى: أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين]

و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن (۳)

---

(۱) و ذلك فإن الإباحة على تقديرها اباحة حكمية، لا مالكية حيث ان المفروض إعطاء كل من المالكين المال بقصد الملك، و بعنوان المعاوضة، و حكم الشارع بالإباحة مع عدم حصول الملك تعبد يقتصر بمورده، و هى صورة اشتمال المعاملة على جميع شرائط البيع غير إنشائه باللفظ.

(۲) فان خيار العيب بالإضافة إلى رد العقد لا يختص بالبيع، بخلاف جواز أخذ الأرش، فإنه لا يجرى فى غير البيع، و التفرقة بينهما بالاختصاص و عدمه باعتبار دليلهما، فإن الأرش تعبد فى البيع، بخلاف فسخ العقد بالعيب، فإنه مقتضى اشتراط السلامة، و قاعدة نفى الضرر، فيثبت الفسخ فى جميع مواردهما.

(۳) لا يخفى ان مختاره (ره) فى المعاطاة هو الملك غير اللازم و مختارنا الملك اللازم و مجرد وصول المالين الى المالكين برضاهما لا يكون إنشاء ملك، لا قولا و لا فعلا ليكون الحاصل به ملك لازم أو غير لازم.

نعم إذا كان فى البين توكيل من طرف، فى إنشاء الآخر، الملك عنه و لو كان ذلك بنحو التوكيل العام، كفى فى تحقق المعاطاة، مثلا مالك الخضروات يوكل من يضع فلسا فى دخله الموضوع هناك، فى تمليك الباقة بإزاء الفلس المزبور، فيكون أخذه الباقة بقصد كونها ملكا له تمليكا، و وضع الفلس تملكا، و على ذلك فيجوز لمن أخذ الباقة ان يبيعه من غيره فيما إذا بدا له ذلك، فإنها ملكه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۶۷

....

و یمکن فرض هـذا النحو من التوکیل فی أخـذ الماء، و وضع الفلوس فی دخل السـقاء و دعوی ان البیع علی ذلک یکون غرریا باطلا لان من یأخـذ الماء لدفع عطشه قد یأخذ قلیلا من الماء لعدم حاجته الی الماء الکثیر، و قد یأخذ الکثیر لشدة عطشه، و هکذا فلا یکون المبیع معلوما لا یمکن المساعـدة علیها أولا فإنه یمکن ان یکون توکیلا عاما بالإضافة إلی المقدار المعین من الکثرة، غایة الأمر یکون بعض الناس لقلة حاجته تارکا لبعض ما یملکه الی السقاء.

و ثانیـا المقـدار الـذی یأخـذه المتملـک المفروض وکالته، معلوم له و المفروض ان التوکیل العام یعمه، و لا دلیل علی اعتبار معلومیته مقدار المبیع للموکل ایضا و دلیل نفی الغرر لا یجری فی التوکیل، فإنه مختص بالبیع.

و بعبارة أخری کون المبیع معلوما و معینا للوکیل کاف فی صـحة البیع، و هـذا حاصل فی مسألـة أخـذ الماء و وضع الفلوس فی دخل السقاء مع غیبته.

و یمکن نظیر ذلک فی مسألة دخول الحمام و وضع الفلوس فی دخل الحمامی مع غیابه، فان وضع الفلوس لا یکون من شـراء الماء أو إجارته، فإن الماء باعتبار تلف عینه بالاستعمال غیر قابل للإجارة، و شراء ماء الحمام خلاف المرتکز مع ان الجهل بالمقدار المصروف منه حتی لمسـتعمله، یوجب کون بیعه غرریـا، بـل الظـاهر ان الاغتسـال فی الحمـام یکون کـالنوم فی الفنـادق أو الخانـات فی ارتکـاز العقلاء، و انه من اجارة الحمام بتملک منفعته الخاصـة، و جهالة مقدار مکثه فی الحمام للاغتسال، لا یوجب بطلان الإجارة فإنه مضافا الی إمکـان تعیینه فی ناحیـة الکثرة، نظیر تعیین المـاء فی مسألـة أخـذه مع غیبـة السـقاء، ان تعیین الاغتسـال بالنحو المتعارف کاف فی صحة الإجارة، و لا یحتاج الی التعیین بالزمان، کما فی إجارة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶۸

و اما علی القول بالإباحة فالإشکال المتقدم هنا آکد (۱)

[الأمر الثالث: تمییز البائع من المشتری فی المعاطاة الفعلیة]

تمییز البائع من المشتری فی المعاطاة (۲)

المرکب للمسافرة إلی بلد معین، فإنه لا یجب تعیین الزمان الذی یتم فیه الوصول الی المقصد، و لا یضـر جهالته فی صحة الإجارة، مع کون متعلقها هو السفر بالنحو المتعارف.

(۱) و الوجه فیه ان مـا قیـل فی إثبـات الإباحـة المزبورة من جریـان السـیرة علی تصـرف المتعـاطیین غیر جار فی المقاولـة الخالیـة من الإعطاء و الإیصال و الفاقدة لما یعتبر فی صحة البیع من الإنشاء بنحو خاص علی الفرض.

(۲) ذکر (ره) فی المقام ثلاث صور.

الاـولی- ما إذا کان أحـد المالین من النقود المتعارف جعلها ثمنا کالـدرهم و الـدینار و الآخر متاعا و اعطی کل منهما ماله عوضا عن مال الطرف الآخر فیکون معطی الدرهم مشتریا و معطی المتاع بایعا و لو فرض فی هذه الصورة إعطاء مالک الدرهم أو الدینار بقصـد التملیک بإزاء متاع صاحبه و کان قصـد مالک المتاع تملک الـدرهم و الـدینار بإزاء المتاع، بان یکون قصد تملیک الدرهم و الدینار من مالکهما أصلیا، و قصد تملک المتاع تبعیا عکس قصد مالک المتاع فیکون صاحب المتاع مشتریا و معطی الدرهم و الدینار بایعا.

و بهذا یظهر دخل القصد فی ذلک، و لا یعتبر خصوص التصریح کما هو ظاهر المصنف (ره).

الصورهٔ الثانیـهٔ ان یکون کـل من المالین متاعا و لکن کان أخـذ أحـد المتاعین بـدلا من النقود و أخـذ المال الآخر بما هو کما فی بیع القماش فی بعض القری للفلاحین، فان الفلاح قد یعطی بدل الدرهم أو الدینار الحنطهٔ للبائع، و یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۶۹

....

أخـذ بایع القماش الحنطهٔ باعتبار ان الفلاح لا یجد النقد، بخلاف أخذ الفلاح القماش، فان غرضه تملک القماش بعنوانه و علی ذلک یکون معطی القماش بایعا و معطی الحنطهٔ مشتریا، و الموجب لذلک هو بناء العقلاء و نظرهم.

و لیس المراد ان الواقع عوضا فی تملیک القماش هو الـدرهم أو الـدینار لیکون أخـذ الحنطـهٔ عوضا عنهما، و مبادلهٔ أخری بینها و بین الـدرهم أو الـدینار، و یکون بـایع القماش بایعا بالإضافـهٔ إلی تملیک القماش، و مشتریا بالإضافـهٔ إلی تملک الحنطـهٔ، بل المراد کون مالـک القماش بایعا باعتبار انه لا غرض له فی الحنطـهٔ، بل یکون أخـذها باعتبار الإمساک علی مالیـهٔ القماش، و لـذا لو اعطی الفلاح الدرهم أو الدینار، لأخذه بإزاء القماش، بخلاف الفلاح، فان غرضه یتعلق بخصوص القماش لدفع اضطراره.

أقول یأتی تمام الکلام فی ذلک.

الصورهٔ الثالثـهٔ مـا إذا کـان إعطـاء کـل من المالین بإزاء الآخر بما هو أو إعطاء کل منهما بـدلا عن الـدرهم أو الـدینار کما إذا احتاج مالک القماش إلی الحنطـهٔ و مالک الحنطـهٔ إلی القماش أو اعطی کل منهما متاعه مقوما له بالـدرهم أو الدینار، کما إذا اعطی عشـرهٔ امتار من القماش بإزاء عشر کیلوات من الحنطهٔ باعتبار ان کل متر من القماش یساوی الکیلو من الحنطهٔ فی القیمهٔ و ذکر (ره) فی هذه الصورهٔ وجوها أربعهٔ.

الأول کون کل من مالک القماش و مالک الحنطهٔ بائعا و مشتریا باعتبارین، فإنه یصدق تعریف البائع و المشتری علی کل منهما حیث ان کلا منهما یترک ماله للآخر بإزاء مال الآخر، و هذا معنی الشراء کما ان کلا منهما یبادل ماله بمال الآخر،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۷۰

....

کما هو معنی البیع.

الوجه الثانی ان الـدافع أولا المال بقصـد کونه ملکا للآخر بالعوض بایع و أخذ ذلک الآخر اشتراء، فالدفع ثانیا وفاء لما تم من المعاملهٔ بالدفع السابق.

الوجه الثالث ان یکون إعطاء المالین کما ذکر من المصالحـهٔ علی مبادلـهٔ المالین، کما فی قول أحـد الشـریکین للآخر لک ما عندک من مالی و لی ما عندی من مالک.

الوجه الرابع- ان یکون اعطائهما مبادلهٔ مستقلهٔ و یعمها مثل قوله سبحانه إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ.

و لکن الوجه الأـول غیر صـحیح، فـإنه لیس فی معاوضـهٔ القمـاش بالحنطـهٔ مثلاـ حتی فیما لوحظ کل منهما کونه بـدلا عن الـدرهم و الـدینار مبادلتـان کمـا مر لیکون مالـک القمـاش فی إحـدیهما بائعا و فی الأخری مشتریا و تعریف البائع و المشتری بما ذکر الموجب لانطبـاق کلاـ العناوین علی کـل من المـالکین فی مبادلـهٔ واحـدهٔ غیر صـحیح فـإنه لیس تمـام الملاـک فی البیع و الشـراء مـا ورد فی التعریف المزبور و إلا لزم صدق عنوانی البائع و المشتری علی کل من طرفی المعاملهٔ فی کل بیع کما لا یخفی.

و الوجه الثانی صـحیح فیما إذا کان الإعطاء من الـدافع بقصـد التملیک و أخذ الطرف الآخر بقصد التملک، فیکون إعطاء المال الآخر بعنوان الوفـاء بالمعاملـهٔ الحاصـلهٔ من قبـل. و لو کـان الإعطـاء من الـدافع أولاـ بقصـد التملک فینعکس الأمر، و یکون الـدافع المزبور

مشتريا، و آخذ المال بايعا.

و الوجه الثالث- غير صحيح. فإنه قد مر فى المناقشة على تعريف البيع ان الصلح ليس هو التسالم و التراضى الباطنى، لأن هذا التسالم موجود فى كل معاملة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۱

....

بل عبارة عن التسالم الإنشائى، فيكون المنشأ فيه هو التسالم، و من الظاهر ان المنشأ فى الإعطاء و الأخذ فى المقام، هو الملك، لا التسالم.

و بهذا يظهر الحال فى قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك من مالى ولى ما عندى من مالك.

و اما الوجه الرابع فلا مناص عنه فى الموارد التى لا يكون من أحدهما تمليك بالأصالة، و من الآخر تملك كذلك، كما إذا كان من قصد كل منهما تمليك ماله بإزاء مال الآخر.

و ذكر الإيروانى (ره) فى المائز بين البائع و المشترى ان التتبع يقضى بان المعيار فى الاشتراء النظر إلى خصوصية المال الذى يأخذه من الطرف الآخر و ان المعيار فى البيع عدم النظر إلى خصوصية المال الذى يأخذه من الطرف الآخر فيكون غرض البائع من أخذ الثمن التحفظ على مالية المبيع و الإمساك بها، كما ان غرض المشترى هو تمكنه من خصوصية المال الآخر و الأخذ بها، نظير ما تقدم فى الصورة الثانية، و عليه فان تحقق هذا الميزان، فيمتاز به البائع عن المشترى، فيدخل المعاطاة فى البيع، و الا فهى معاوضة مستقلة، محكومة بالصحة، لعموم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لا يجرى عليها الأحكام المترتبة على خصوص البيع و الشراء.

و فيه ان قضاء التتبع ليس كما ذكر، فإنه إذا كان عليه دنانير و باع الحنطة بالدينار لسد دينه يكون فى الفرض غرض المشترى الحنطة المبيعة لكن لا بخصوصيتها بل بما هى حنطة، و كذلك للبائع نظر فى الثمن المفروض كونها دنانير بما هى دنانير و صدق البيع فى الفرض على تمليك الحنطة بالدنانير، و صدق الشراء على تملكها بها لا يحتاج الى التوضيح.

و نظير ذلك ما إذا كان عنده دنانير مسكوكة و عند الآخر أيضا دنانير مسكوكة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۲

....

بقدرها و أرادا فرارا عن تعلق الزكاة بمالهما بيع الصرف قبل تمام الحول، فإنه لا إشكال فى صدق البائع على من ينشأ التمليك، و المشترى على من ينشأ التملك من انه لا نظر لكل منهما إلى خصوصية مال الآخر أصلا.

و قد يقال فيما إذا اعطى كل من المالكين متاعه بقصد تمليكه للآخر بعوض من غير ان يكون قصد الآخر بالأخذ أو بالإعطاء تملكه بعوض ان المعاطاة بيع يترتب عليها الأحكام المترتبة فى الأدلة على عنوان البيع و لكن لا يكون أحد المتعاطيين بايعا و الآخر مشتريا، فلا يجرى عليهما ما جرى فى الخطابات على عنوانى البائع و المشترى، و ذلك فان البيع له اطلاقان فقد يطلق و يراد منه مقابل الشراء، و قد يقال و يراد منه مقابل سائر المعاملات، و ما يراد منه فى الإطلاق الثانى هو المعنى المسببى و حقيقته المبادلة بين المالين، و هذا المعنى المسببى يحصل بالإيجاب و القبول، و يحصل بإيجابين كما إذا قال كل من المالكين ملكتك مالى بمالك، و قد يحصل بالإيجاب الواحد، كما إذا قال الوكيل من المالكين بادلت مالهما، فإنه لا يحتاج فى الفرض البيع المسببى إلى القبول أصلا فإن القبول لإظهار الرضا بفعل الموجب و مع معلومية الرضا به لا حاجة اليه.

و الحاصل فيما إذا حصل فى البين الإيجاب و القبول يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا، و فيما إذا كانت المبادلة بإيجابين قولا أو

فعلا أو بإيجاب واحد كما ذكر فيحصل البيع بالمعنى المسببى من غير ان يكون فى البين بايع و مشتر.

أقول- لا يمكن المساعدة على ما ذكر اما أولا فلان لازم ما ذكر عدم الحاجة الى القبول فيما إذا علم من حال المالك الآخر أنه راض بالإيجاب كما إذا ملكه متاعه الفاخر بثمن قليل جدا لغرض عقلائى، فإنه إذا قال بادلت هذا المتاع بذلك يتم البيع المسببى، و لا يحتاج الى القبول، باعتبار ان القبول لإظهار الرضا بالإيجاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۳

....

و رضا الآخر بالإيجاب معلوم بشاهد الحال على الفرض، بل قد لا يحتاج البيع المسببى إلى الإيجاب أيضا كما إذا طاب نفس الوكيل من المالكين بملكية كل منهما مال الآخر بإزاء ماله تم البيع بلا حاجة الى الإنشاء قولا أو فعلا، لأن الإيجاب لإظهار الرضا بملكية الآخر لماله بالعوض.

و ثانيا انه قد تقدم ان البيع كالشراء و كسائر المعاملات من العناوين التى يكون الإنشاء أى الإبراز مقوما له و إذا اعتبر متاعه ملكا للآخر بعوض و ابرز الاعتبار يكون الإبراز بيعا و الحاجة الى الإبراز لا للكشف عن رضاه بالملكية فقط، ليستغنى عنه فى مورد العلم به مع الخارج، بل له موضوعيته فى حصول عنوان البيع، و كذا الحال فى ناحية الشراء و القبول حيث ان اعتبار تملكه مال الآخر بإزاء ماله مع إبرازه، يكون شراء و قبولا للإيجاب، و لا أظن خفاء ذلك على من لاحظ الأمور الإنشائية عقدا كان أو إيقاعا.

ثم انه يقع الكلام فى المراد من البيع المسببى فإنه ان أريد به المعنى الاسم المصدرى فى مقابل المصدرى فمن الظاهر انه لا فرق بين المعنى الاسم المصدرى و المعنى المصدرى إلا بالاعتبار حيث ان المبدء ملاحظته من حيث حصوله من الفاعل معنى حدثى يعبر عنه بالمصدر و ملاحظته من حيث هو هو معنى اسم مصدرى و عليه فكيف يعقل ان يحصل البيع المسببى و لا يكون فى البين معنى مصدرى يعبر عن فاعله بالبائع، و بما ان فعل الآخر يعنى تملك المشترى دخيل فى حصول العنوان المصدرى كما ذكرنا سابقا فيعبر عن ذلك الآخر بالمشترى، و عن فعله بالاشتراء.

هذا مع ان المبادلة ليست باسم مصدر، بل مصدر من باب المفاعلة، و كيف يكون مرادفا للبيع بالمعنى الاسم المصدرى مع أنه لا يتحقق عنوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۴

[الرابع: ان أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله]

ان أصل المعاطاة (۱)

المبادلة فى جميع موارد حصول البيع كما ذكرنا ذلك عند التعرض لتعريف البيع، و ان أريد بالمعنى المسببى اعتبار العقلاء بمعنى ان المالك إذا اعتبر ملكية ماله للآخر بالعوض و أبرزه فتارة يعتبر العقلاء الملكية المعتبرة مع إبرازها امرا حاصلا و أخرى لا يعتبرونها.

و قد ذكرنا سابقا ان البيع بهذا المعنى بالإضافة إلى إنشائه من الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار فمن الظاهر ان موضوع اعتبار العقلاء و هو البيع الذى يكون بإنشاء البائع و قبول المشترى على ما تقدم من كون قبوله شرطا فى صدق عنوان البيع على فعل البائع.

و الحاصل انه إذا كان فى البين إنشاء المعاوضة من الطرفين بالأصالة فالعقلاء و ان يعتبرونها مبادلة و هى محكومة شرعا بالصحة كما هو مقتضى عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا انها ليست بيعا حتى يكون كل منهما بايعا من غير ان يكون فى البين.

اشتراء، أو ان يحصل البيع من غير ان يكون أحد المالكين بائعا أو مشتريا.

(۱) ذكر فى هذا الأمر أربع صور للمعاطاة يكون تقسيمها إليها باعتبار قصد المتعاطيين الاولى- ما إذا قصد كل من المتعاطيين بإعطائه تمليك ماله للطرف بالعوض و بأخذه المال من الطرف تملك مال الغير بالعوض، و إذا كان إعطاء المالين و أخذهما تدريجيا يتحقق البيع بإعطاء أحد المالين و أخذه، و يكون إعطاء المال الآخر و أخذه بعد ذلك وفاء للبيع الحاصل من قبل حتى فيما إذا قصد بإعطائه التمليك بالعوض كما هو الفرض، و اما إذا كان الإعطاء و الأخذ من الطرفين دفعة واحدة فيمكن ان يكونا معاوضة قد حصلت بتمليكين منشأين بإعطائين كما ذكرنا فى التعليقة المتقدمة أو بيعان و شرائان قد حصلا دفعة واحدة باعتبار عدم تنافيهما فيترتب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۵

....

على كل من المتعاطيين ما نرتب فى الخطابات على عنوانى البائع و المشترى كما لا يخفى.

ثم انه كما يمكن تحقق القبول و التملك بأخذ المال من الطرف، كذلك يمكن حصول ذلك بدفع المال الآخر، بأن يكون أخذ المال المدفوع أولا- بعنوان كونه ملك الدافع و لان يحصل له الجزم بإيجابه، و لو مات فى هذا الفرض قبل دفع المال الآخر يكون موته بين الإيجاب و القبول بخلاف ما كان أخذه المال المدفوع أولا بعنوان القبول، فإنه موت بعد تمام المعاملة، و كان على المصنف (ره) التعرض لذلك.

و كيف كان فقد ظهر حصول البيع بدفع أحد المالين و أخذه و إطلاق المعاطاة على هذا النحو من البيع باعتبار إنشائه بالإعطاء دون اللفظ لا- باعتبار تحقق الإعطاء من الطرفين نظير إطلاق المواجرة و المصالحة و المزارعة و المساقاة و غيرها، مع ان الإيجار و هو تمليك المنفعة بالعوض أو إنشاء الصلح أو إعطاء الأرض للزرع أو البستان للسقى يكون من أحد الطرفين، و على ذلك فيمكن تحقق المعاطاة فى المعاملات التى يكون الإعطاء فيها من طرف واحد كما فى الهبة و القرض و الرهن و نحوها.

و الحاصل ان المعاطاة فى هذه الصورة بكلا فرضيها داخلة فى إطلاقات حل البيع و نفوذه و ربما يقال بحصول المعاطاة بالفعل من دون إعطاء كما فى أخذ البقل أو الماء مع غيبة البقال و السقاء و وضع الفلوس فى دخلهما و قد تقدم الكلام على الكبرى و الصغرى فى الأمر الثانى فلا نعيد.

الصورة الثانية ما إذا كان التمليك بإزاء التمليك بان يكون المقابلة و المعاوضة بين الفعلين اى التمليكين لا المالين كما فى الصورة السابقة، و ذكر ره ان فى هذه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۶

....

الصورة لو مات أحد الطرفين قبل تمليك ماله تتم المعاملة، و ان هذه المعاملة ليست بيعا، بل شبيهة بالهبة المعوضة، و الظاهر ان وجه شباهتها انه كما لا يكون فى الهبة المعوضة المعاوضة بين المالين، كذلك فى الفرض، و بما ان عدم التعويض فى الهبة لا يوجب عدم تمامية الهبة بخلاف المقام، فيفترق المقام عن الهبة المزبورة فتكون شبيهة بها، لا عينها.

نعم إذا كان تمليك أحد الطرفين المال الآخر بعد ذلك داعيا الى تمليك ماله فعلا مجانا فيتم الملك من أحد الطرفين و لو بدون تمليك الآخر.

أقول- كما يمكن ان يكون تمليك الطرف الآخر داعيا له الى التمليك فعلا كذلك يمكن كونه شرطا فى التمليك فعلا فيكون من الهبة المشروطة، كما ان الفرض الأول من الهبة مجانا كما لا يخفى.

و اما المعاوضـة و المقابلة بين التمليكين فتارة يجعل العوض التمليك الشخصـى الخارجى و أخرى يجعل العوض تمليك المال الآخر بنحو ثبوت العمل على الذمـة كموارد الإجارة و غيرها بان يكون الـدافع ماله أولا، مالكا للعمل على ذمة الآخر، و ذلك العمل تمليك الآـخر مـاله، و هـذا يـوجب تماميـة الملـك من أحـد الطرفين حـتى مع موت الآـخر قبـل إفراغ ذمته، بخلاـف جعـل العوض التمليك الشخصى.

هـذا مع انه لاـ معنى معقول لمعاوضـة التمليكين، فـإن المعاوضـة بين الأـمرين تكون فى الملكيـة و نحوهـا و التمليكـان لا يقبلان عرفا الملكية حتى يتعاوضا و الحاصل ان التمليك فى هذه الصورة اما من الهبة المجانية كما إذا كان التمليك الآخر داعيا أو من المشـروطة كمـا إذا كـان شـرطا فى التمليـك الأـول، و لا تكون من المصالحـة، لما تقـدم من ان المنشأ فى موارد الصـلح لا بـد من ان يكون هو التسالم على شيء لا التمليك كما هو الفرض فى هذه الصورة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۷

فكيف كان فالإشكال فى حكم القسمين الأخيرين (۱).

---

(۱) ينبغى الكلام فى أمرين: الأول- نفوذ اذن المالك للغير فى التصـرف فى ماله مطلقا و لو كان التصرف موقوفا على الملك بلا فرق بين كون إنشاء الرضا بالتصرف بالفعل أو القول.

و الثانى- هل يجوز أخذ العوض على اذنه و لو كان أخذه على الاذن بالإضافة إلى التصرفات غير الموقوفة على الملك.

اما الأول- فلا ينبغى الإشـكال فى عدم نفوذ اذنه بالإضافة إلى التصـرف الموقوف على الملك، فان اذن المالك لا يكون مشـروعا كما تقدم بيان ذلك فى البحث فى رواية السلطنة.

و الحاصـل ان اى تصـرف فى مـال الغير يكون عـدم جوازه وضـعا أو تكليفـا لأـجل عـدم طيب نفس مـالكه و عـدم اذنه فيجوز ذلك التصـرف باذن المالك و رضاه، و اما كل تصـرف كان عدم جوازه لأجل عدم كون المتصرف مالكا فاذن المالك أو رضاه لا يوجب جوازه، لبقاء عـدم الجواز ببقاء عـدم موضوعه و هو عـدم الملك، مثلا بيع مال الغير لنفسه بان يخرج المبيع عن ملك المبيـح و يدخل الثمن فى ملـك المباح له غير جائز بل غير ممكن عقلا حيث ان البيع هو التمليك بالعوض، و مقتضـى المعاوضـة ان يـدخل الثمن فى ملـك من يخرج المبيع عن ملكه، و الا كان فى البين تمليكان مجانيان، و إذا كان ما ذكر غير جائز فكيف يصـح باذن المالك فيه، بل اللازم فى دخول الثمن فى المباح له هو ثبوت أحد الأمرين، الأول- ان يكون اباحة كل تصـرف فى معنى توكيل المباح له فى تملك الثمن بعد البيع، أو كان بمعنى توكيله فى تملك المال عنه، حتى يكون البيع للمباح له، أو كان اباحة التصـرف بالإضافة إلى الموقوف على الملك تمليكا للمال إياه، و شروع المباح له فى ذلك التصرف قبولا فعليا للتمليك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۷۸

....

أقول لم يظهر وجه كون الشـروع فى ذلك التصـرف قبولا للتمليك، و لم يكن أخـذه قبولا له، الا ان يقال وجهه ان الصادر من المبيح فى الفرض أمران أحدهما الاذن للمخاطب فى التصرف فى ماله.

و ثانيهما تمليكه إياه، و التمليك كما ذكرنا سابقا لا إطلاق فيه بل على تقـدير القبول و لو فيما بعـد، و على ذلك فلا يكون فى مجرد أخـذ المـال دلالـة على قبول الملـك، لاـ مكان أخـذه للتصـرف فيه بما لا يتوقف على الملك، و انما تكون الدلالـة عليه بشـروعه فى التصـرف الموقوف على الملك و لا يبعد تحقق التوكيل أو التمليك الضـمنى فى قول مالك العبد للآخر، أعتق عبدى عنك بناء على ارادة كون المخـاطب معتقـا بالأصالـة لا كونه معتقا بالنيابـة، فإنه يكون فى الأول وكيلا فى تملك العبـد المزبور ابتـداء كما يمكن ان

یکون تملیکا للعبد من المخاطب ضمنا و شروع المخاطب بالعتق قبولا لهذا التملیک، و إذا کان المراد وکالة المخاطب فی عتق العبد فقط و ان یجعل المخاطب نفسه معتقا عنه، نظیر وکالة الشخص فی أداء دین نفسه بمال الموکل فلا یکون فی البین تملیک و تملک، و کون الشخص معتقا عنه غیر موقوف علی کونه مالکا بخلاف کونه معتقا بالأصالة بالکسر.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی قول من علیه الکفارة لمالک العبد أعتق عبدک عنی و انه یکون توکیلا فی تملیک العبد من المستدعی أولا و توکیلا فی العتق بعد ذلک بناء علی کون المستدعی معتقا بالکسر لا ارادة جعله معتقا عنه فقط، کما یمکن کونه تملیکا للعبد أولا و عتق المخاطب عنه تملیکا ضمنیا علی ما تقدم، و علی الجملة فلیست الإباحة فی هذه الصورة متضمنة للتوکیل و التملیک لیجوز للمباح له التصرف الموقوف علی الملک.

و لکن ذکر الإیروانی (ره) عدم الفرق بین قوله أعتق عبدی عنک و بین قوله

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۷۹

....

أبحت لک وقف مالی أو بیعه لنفسک، فإنه کما ان قوله أعتق عبدی عنک توکیل فی تملک عبده، کذلک قوله أبحت لک وقف مالی عنک توکیل فی تملک المال، و بما انه لا فرق ایضا بین التصریح بإباحة تصرف یتوقف جوازه علی الملک، و بین اباحة جمیع التصرفات التی یدخل فیها ذلک التصرف کقوله أبحت لک مالی فیکون قوله أبحت لک مالی متضمنا للتوکیل فی التملک کتضمن قوله أعتق عبدی عنک.

و لکن لا یخفی ما فیه، فان المطلوب فی قوله أعتق عنک صدور العتق الصحیح عن المخاطب بالأصالة، و هذا الصحیح موقوف علی تملک العبد أولا، ثم عتقه ثانیا، فالتوکیل فی التملک حاصل و مقصود و لو إجمالا و المراد بالإجمال انه لو التفت الطالب الی توقف العتق الصحیح علی تملک المخاطب لإذن فیه، و نظیره أبحت لک وقف مالی عنک أو بیعه لک أو نحو ذلک بخلاف ما إذا قال أبحت لک مالی حیث لا یمکن استفادة التوکیل فی التملک، بل یقتصر فی الجواز بالتصرفات التی لا تتوقف علی الملک، حیث لا ظهور للکلام المزبور فی الاذن فیه بل فی خصوص التصرفات غیر الموقوفة علیه، و استفادته من إطلاق الإباحة دوری حیث یتوقف الإطلاق علی التوکیل، و ثبوت التوکیل موقوف علی إطلاق الإباحة، نعم لو صرح بالعموم لکان مثل قوله أعتق عبدی.

و الحاصل انما یعتبر اذن المالک و رضاه بالإضافة إلی التصرف غیر الموقوف علی الملک، و لا قیمة له فی التصرف الموقوف علی الملک، و علی ذلک فظاهر قوله أبحت لک کل التصرف فی ماله اباحة ما یعتبر فی جوازه اذنه و هی التصرفات غیر الموقوفة علی الملک، غایة الأمر من تلک التصرفات تملیک المال لنفسه عن مالکه و إذا کان العموم فی قوله أبحت لک کل التصرف فی مالی ثابتا حتی بالإضافة إلی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۸۰

فیکون هذا بیعا ضمنیا لا یحتاج الی الشروط (۱) ان یدل دلیل شرعی علی حصول الملکیة للمباح له بمجرد الإباحة (۲)

التصرف الاعتباری یکون التوکیل فی التملیک المزبور مدلولا تضمنیا لعموم الإباحة لا مدلولا التزامیا کما فی ظاهر کلام الإیروانی.

(۱) کان وجه عدم اعتبار شروط البیع فی الضمنی هو ان تلک الشروط معتبرة بین إیجاب البیع و قبوله، فلا یعتبر إلا فی عقده، لا فی البیع الضمنی و هکذا بالإضافة إلی غیرها من الشروط.

(۲) بان یکون مدلول ذلک الدلیل کون المال ملکا للمباح له بمجرد الإباحة ای و لو من غیر قصد المبیح التملیک، و علی ذلک فیقع البیع من المباح له علی ما هو ملکه، أو یکون مدلول ذلک الدلیل انه یکون الثمن بعد البیع للمباح له، و حیث ان مقتضی البیع دخول

العوض فی ملک من یخرج عنه المعوض و المفروض علی تقدیر الثانی خروج المعوض عن ملک المبیح فیلتزم بدخول الثمن فی ملک المبیح آنا ما بعد الشراء قضاء لحکم الشراء ثم انتقاله الی المباح له، نظیر انتقال العمودین إلی المشتری آنا ما بعد الشراء، ثم الانعتاق، و نظیر ملک المیت الدیة، فإنه لا یکون ملک دیة القتل الا بحصول الموت، و حیث ان الدلیل قام علی ان الدیة برثها من یرث المال فلا بد من فرض دخولها فی ملک المیت، لتنتقل الی الوارث إرثا.

و الحاصل ان الملک التقدیری لا بد من کونه مدلول دلیل أو مقتضی الجمع بین الأدلة، و المفروض عدم قیام دلیل علیه فی المقام، کما انه لیس مقتضی الجمع بین الأدلة لأن ما دل علی توقف البیع أو العتق علی الملک کقوله لا بیع إلا فی ملک أو لا عتق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۸۱

....

إلا فی ملک حاکم علی قوله الناس مسلطون علی أموالهم فإن المالک المبیح مسلط علی التصرف المشروع فی ماله.

و قوله لا عتق أو لا بیع إلا فی ملک یثبت عدم مشروعیة البیع أو العتق من غیر ملک فلا یفید فیهما اذن المالک.

ثم ان ما ذکره (ره) من ان الملک الحاصل للمشتری فی شراء أحد عمودیه ملک تقدیری، و فی بیع الواهب العین الموهوبة أو ذی الخیار المبیع من آخر حقیقی، صحیح، فإنه لو ظهر فساد بیعهما یکون المال باقیا فی ملک الواهب أو ذی الخیار، لان ذلک مقتضی انفساخ الهبة أو البیع الأول مع فرض بطلان الثانی، و اما لو أراد المشتری أو وکیله فی شراء أحد عمودیه ان یتصرف فی العبد فی الان المقارن لتمام الشراء لم یصح، بل لا یقبل ذلک الملک الا انعتاق المبیع و لو کان ملک المشتری فی ذلک الان حقیقیا لکان التصرف المزبور نافذا.

و الشاهد علی ان مع اباحة التصرفات للآخر لا یکون بیع ذلک الآخر المال موجبا لدخوله فی ملک المباح له قبل البیع کما کان موجبا لدخوله فی ملک الواهب أو ذی الخیار ان بیع الواهب أو ذی الخیار یکشف عن فسخ الهبة أو البیع الأول و فسخهما یوجب عود ملک العین إلیهما ثانیا، بخلاف مسألة بیع المباح له مال الغیر، فإنه لیس فیه سبب لدخول المال المزبور فی ملکه قبل البیع، و لو آنا ما.

و الحق المصنف (ره) ملک المیت الدیة بملک أحد العمودین فی کونه فی کل منها تقدیریا و لکن لقائل أن یقول ان الملک فی الدیة حقیقی یترتب علیها ما یترتب علی سائر أموال المیت من إخراج دیونه منها و نفوذ وصیته فی ثلثها و انتقالها الی الوارث کانتقال سائر أمواله إلیهم، و اما ملک المیت دیة الجنایة علیه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۸۲

....

بعد موته فلم یرد روایة معتبرة فی تعیین دیته أو دیة الجنایة علی أعضائه و مستحقیها.

نعم ورد فی بعض الروایات ان دیته بمقدار دیة الجنین، و دیة أعضائه، بحسابها و ان الدیة یملکها المیت بعد موته فتصرف فی وجوه البر و فی بعض الروایات ان دیة الجنایة علیه للإمام علیه السّلام قال فی الشرائع فی قطع رأس المیت المسلم الحر مائة دینار و فی قطع أعضائه بحساب دیته و کذا فی شجاجه و جراحه و لا یرث منها شیئا، بل تصرف فی وجوه القرب عملا بالروایة.

و قال علم الهدی یکون لبیت المال انتهی.

و لکن الا ظهر ان یقال ان دیة الجنایة علیه دیة الجنین و دیة أعضائه و شجاجه بحسابها، لأن صحیحة عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السّلام «۱» دالة علی ثبوت الدیة فی قطع رأس المیت، و بما ان مقدار دیة الجنین و دیة الأعضاء بحسابها متیقن فیکتفی بها، و یؤید ذلک ما أشرنا إلیه من بعض الروایات و تکون هذه الدیة من ترکة المیت فیرثها الورثة کما هو مقتضی إطلاق صحیحته الأخری.

قال أبو عبد اللّه عليه السّلام قضى أمير المؤمنين عليه السّلام ان الدية يرثها الورثة الحديث «۲» فان مقتضاها عدم الفرق بين كونها ثابتة بالقتل أو بالجناية عليه بعد موته و على ذلك فيجرى على هذه الدية ما يجرى على سائر تركة الميت و أمواله و ما دل على صرف دية الجناية على الميت فى وجوه القرب و هى رواية حسين بن خالد «۳» كما ذكرنا ضعيفة سندا و ان عبر عنها فى المسالك بحسنة حسين بن خالد، و هذا منه (ره) اشتباه حيث ان سليمان بن خالد ممدوح، لا الحسين، و الحسين لا موثق و لا ممدوح فراجع

---

(۱) وسائل باب (۳۴) من أبواب دية الأعضاء.

تبریزی، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج‌۲، ص: ۸۲

(۲) وسائل باب (۱۰) من أبواب موانع الإرث.

(۳) وسائل باب (۲۴) من أبواب دية الأعضاء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۲، ص: ۸۳

و لكن الذى يظهر من جماعة (۱).

و اما الكلام فى صحة الإباحة بالعوض (۲)

---

(۱) كان مراده ان الذى يظهر من جماعة يخالف ما تقدم من أن مع الاذن للغير فى جميع التصرف، لا يجوز للغير بيع المال لنفسه، و وجه المخالفة ان دفع الثمن الغاصب مع العلم بأنه غاصب بمنزلة تسليطه و الاذن له فى التصرف فى ذلك الثمن مع انهم ذكروا انه لو اشترى الغاصب بذلك الثمن أمة يجوز له وطيها و ظاهر ذلك، جواز البيع لنفسه مع ذلك الاذن.

و لكن لا يخفى ان الالتزام بهذا الحكم على تقديره أجنبى عن المقام أى جواز البيع و صحته بمجرد اذن المالك و إباحته جميع التصرفات التى يكون منها بيع ماله، و ذلك فان مع علم المشترى بأن بايع المال غاصب يبيع مال الغير عدوانا يكون دفع الثمن اليه تسليطا و تمليكا مجانيا، فيكون المسمى بالثمن ملكا للغاصب هبة لا بيعا، و يترتب على ذلك تملك الغاصب العين اشتراها بالثمن المزبور، و المفروض فى المقام قصد الإباحة دون التمليك.

و لعله (ره) أشار الى ذلك فى آخر كلامه بأمره بالتأمل.

(۲) الظاهر ان الإباحة أى اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله بعوض عبارة عن المبادلة بين أمرين أحدهما اذن المالك للآخر فى التصرف فى ماله و ثانيهما مال ذلك الآخر فيكون بهذه المعاوضة، الاذن مملوكا للطرف فى مقابل ملك ماله للمبيح، و هذه المعاملة لا بأس بها، و يعمها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فيحكم بلزومها و لو رجع المبيح عن اذنه فلا يكون رجوعه نافذا فان رجوعه نظير رجوع الموكل عن شرط الوكالة فى العقد اللازم غير صحيح، و انما يكون الاذن أو التوكيل جائزا فيما إذا كان ابتدائيا لا شرطا أو ركنا فى عقد لازم، إذ مقتضى لزوم ذلك العقد لزوم ركنه أو الشرط المذكور فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۲، ص: ۸۴

....

نعم لو تصرف المبيح فى الفرض فى ماله تصرفا مخرجا له عن ملكه يحكم بنفوذه، لان المفروض انه مالك للمال المزبور، فيعمه قوله

سبحانه إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و كـذا قوله الناس مسلطون على أموالهم، و لكن يثبت للمباح له خيار الفسـخ باعتبار ان جعل الاذن فى التصرف عوضا متضمن لاشتراط إبقاء المال و عدم نقله الى شخص آخر، و اما التمسك فى إثبات مشروعية الإباحة بالعوض بعموم المؤمنون عند شروطهم أو الناس مسلطون على أموالهم كما عن المصنف (ره) فغير صحيح، فإن الأول لا يعم الالتزامات الابتدائية التى تكون منها نفس المعاملة كما مرت إليه الإشارة، و يأتى تفصيله فى باب الشروط إنشاء اللّه تعالى.

و اما الثانى فإن الكلام فى المقام فى مشروعية هذه المعاملة بأن يكون الاذن فى التصرف ركنا و المال الآخر ركنا آخر لا فى ولاية المالك على هذه المعاملة المشروعية فى نفسها كما لا يخفى.

و ايضا ما ذكره (ره) من احتمال كون هذه المعاملة صلحا غير صحيح، لما تقدم من الصلح ليس التراضى الواقعى الموجود فى جميع المعاملات و الا كان كل المعاملات صلحا، بل الصلح ما يكون المنشأ فيها هو التراضى و التسالم سواء كان متعلقا بالمال أو بغيره و ليس المنشأ فى المقام هو عنوان التراضى بل المعاوضة بين الإباحة و المال.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك و لى ما عندى و انهما إذا أراد إنشاء التراضى على المبادلة بين ماليهما يكون ذلك صلحا و الا فلا.

و كذا ما ورد فى معاملة الزوجين على المهر كصحيحة الفضيل قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاها عبد اللّه آبقا و بردا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۸۵

لأصالة التسلط (۱)

[الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه]

إذا آمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة (۲)

حبرة بألف درهم التى أصدقها قال إذا رضيت بالعبد و كانت عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد قلت فان طلقها قبل ان يدخل بها قال لا مهر لها و ترد عليه خمسمائة درهم و يكون العبد لها «۱» و مما ذكرنا يظهر الحال فى الإباحة بالإباحة و انها مبادلة بين الأذنين فيعمها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(۱) هذا تعليل لجواز المعاملة بدعوى ان أصالة بقاء سلطنة كل من المالكين على ماله، مقتضاها جوازها. و فيه ان بقاء سلطنتهما على مالهما لا ينافى لزوم المعاملة أى لزوم المبادلة بين الأذنين، بل مقتضى بقاء السلطنة نفوذ تصرف كل منهما فى ماله لا فى المعاملة المزبورة.

نعم لو تصرف أحدهما فى ماله تصرفا لا يبقى معه مجال لتصرف المباح له، يثبت له خيار الفسخ، باعتبار تخلف شرط بقاء العين كما مر.

(۲) أقول لم يظهر من هذا الكلام كون المراد من الأجرة الأجرة المسماة ليكون استحقاقها دليلا على جريان المعاطاة عندهم فى الإجارة، و الا كان الأنسب ان يقال (فعمله استحق العوض) كما لا يخفى.

و لو كان المراد اجرة المثل فلا يكون فى الكلام المزبور دلالة على جريان المعاطاة فى الإجارة أصلا فإنه يجوز للعامل العمل و لو بالتصرف فى مال المستأجر مع بطلان الإجارة، لأن اذن المالك المستفاد من الإجارة الفاسدة كاف فى جواز تصرف الأجير.

(۱) وسائل الجزء (۱۵) باب ۲۴ من أبواب المهر

و اما مسئلة الهبة (۱).

لا يقال كيف جاز للأجير مع فساد الإجارة التصرف فى مال الغير مع انهم ذكروا ان المأخوذ بالعقد الفاسد كالمغصوب فى عدم جواز التصرف فيه.

فإنه يقال ذلك فيهما إذا كان التصرف فى المأخوذ بالعقد الفاسد بعنوان انه ملكه، و بما ان الملك غير حاصل لفساد العقد فلا يجوز التصرف، و اما فيما إذا كان التصرف فيه بعنوان انه مال الغير و قد اذن فيه كما فى أخذ الأجير ثوب الآخر لصبغه مثلا فلا بأس بأخذه و صبغه حتى مع فساد الإجارة، لتحقق الاذن اللازم فى الأخذ و التصرف و لو مع فسادها، غاية الأمر لفساد المعاملة يستحق اجرة المثل على عمله لا الأجرة المسماة.

(۱) و حاصله انه إذا قيل فى المعاطاة بالإباحة لا الملك، يكون حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبة دليلا على جريان المعاطاة فى الهبة أيضا باعتبار ان الهبة المعاطاتية موجبة لإباحة التصرف كالمعاطاة الجارية فى البيع، و اما إذا قيل فى المعاطاة بالملك غير اللازم فلا تكون اباحة التصرف دليلا على جريانها فى الهبة، فإن جريانها فى الهبة عند هذا المحقق يكون بالالتزام بحصول الملك مع انهم لا يلتزمون به لتصريح الشيخ و الحلى و العلامة بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة لا الملك، و لا يمكن حمل نفى الملك، على نفى الملك اللازم لأن الهبة اللفظية لا تفيد الملك اللازم ليكون مرادهم نفيه فى الهبة المعاطاتية.

أقول الصحيح الالتزام بجريان المعاطاة فى سائر المعاملات عقودا أو إيقاعا أخذا بإطلاق صحتها و نفوذها، نعم لا تجرى فى عقد أو إيقاع قام الدليل على اعتبار اللفظ فى إنشائه، كما فى النكاح و الطلاق، حيث ان مطلق اللفظ غير كاف فى إنشائهما فضلا عن الإنشاء بمجرد الفعل.

و أيضا فإن قلنا بعدم اللزوم فى المعاطاة، فلا تجرى فى المعاملة التى تكون

[الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة]

اعلم ان الأصل على القول بالملك اللزوم (۲).

اللزوم مقتضى حقيقتها أو من لوازمها شرعا، الأول- كما فى الرهن فان لزومه من قبل الراهن مقتضى حقيقته حيث مع جوازه من طرفه لا يتحقق عنوان الوثيقة على الدين، و الثانى- كما فى الوقف فان المال الموقوف محكوم بأنه لا يباع و لا يوهب و لو جرى المعاطاة فيه لجاز بيعه و هبته، هذا.

و لكن قد مر عدم تمام دليل على جوازها فى البيع فضلا عن غيره، و مقتضى إطلاق دليل لزوم المعاملات عدم الفرق بين إنشائها بالقول أو الفعل، و عليه فلا بأس بالوقف أو الرهن معاطاة.

(۲) و حاصله انه بناء على حصول الملك بالمعاطاة يكون لزومها مقتضى الوجوه الثمانية المتقدمة، و تلك الوجوه كما تلى الأول- استصحاب بقاء الملك.

الثانى- قوله عليه السلام الناس مسلطون على أموالهم. الثالث- قوله عليه السّلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه. الرابع الحصر

المستفاد من قوله سبحانه لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكَمْ بَيْنَكَمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ الخامس- الجملة المستثنى منها يعنى قوله عز من قائل لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ السادس- قوله عليه السّلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع. السابع- قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. الثامن- قوله عليه السّلام المسلمون عند شروطهم.

و اما بناء على الإباحة في مورد قصد الملك، فمقتضى قاعدة سلطنة الملك على ماله و أصالة بقاء هذه السلطنة حتى بعد حصول اباحة التصرف للآخر، هو الجواز و هذا الأصل حاكم على استصحاب بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك.

أقول ان أريد من الإباحة المالكية فقاعدة سلطنة المالك أو استصحابها و ان تكون حاكمة عليها حيث ان معنى سلطنته عليها نفوذ رجوعه و عدم رضاه بتصرف الآخرين في ماله، الا ان الإباحة المالكية خارجة عن مفاد المعاطاة كما تقدم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۸۸

....

و ان أريد بها الإباحة الحكمية التي قيل بها باعتبار استمرار سيرة المتشرعة على التصرف في المأخوذ بها. فلا ينبغي الريب في انه، لا مجال لاستصحاب هذه الإباحة، لا لكونه محكوما بالدليل على سلطنة المالك أو باستصحابها، بل لان مقتضى عموم الأمر بالوفاء بالعقد و حلية البيع و التجارة، حصول الملك و لزوم المعاطاة من أول الأمر، غاية الأمر بناء على الإباحة يرفع اليد عن مقتضاها بالالتزام بعدم حصول الملك بها من أول الأمر نظير عدم ثبوت الملك في بيع الصرف بمجرد البيع.

و يكتفى في هذا الرفع و في الالتزام بالإباحة قبل حصول الملك، بالمتيقن، أخذا في غيره بالعموم أو الإطلاق كما ذكرنا ذلك في البحث عن دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص أو الأخذ بعموم العام، فتكون النتيجة ان مقتضى الأصل يعني الوجوه المتقدمة، لزوم المعاطاة في مورد الشك، و كون الحاصل بها الملك اللازم، قلنا بالملك من أول الأمر أو بالإباحة، غاية الأمر لا يجري بعض تلك الوجوه كاستصحاب الملك على القول بالإباحة، و لو أغمض عن ذلك و بنى على ما ذكره المصنف (ره) في مسألة دوران الأمر بين استصحاب حكم الخاص أو الأخذ بعموم العام، من انه لا يجوز الأخذ بالعموم مع عدم كونه استغراقيا من حيث الزمان، لما كان مجال للأخذ بقاعدة سلطنة المالك، أو استصحابها، بل اللازم استصحاب الإباحة.

و الوجه في عدم المجال، ان الإباحة الحكمية على تقدير كونها منافية لقاعدة السلطنة فقد وقع التخصيص و التقييد في عموم سلطنة المالك بحصول المعاطاة، فاللازم استصحاب هذه الإباحة، بل بناء على الملك، فلا يمكن أيضا الأخذ بالوجوه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۸۹

....

الثمانية المتقدمة فإن هذه الوجوه تنفع فيما إذا شك في كون المعاطاة لازمة من الأول أو جائزة، و اما إذا ثبت جوازها، ثم احتمل طرو الملزم كما في المقام، فاللازم على مسلكه ره استصحاب الجواز، و لا يعارضه استصحاب بقاء الملك الذي هو الوجه الأول من الوجوه الثمانية، لحكومة استصحاب جواز المعاملة عليه، كما لا يخفى.

نعم يمكن على مسلكه (ره) التمسك ببعض الوجوه المتقدمة، كعموم لا يحل مال امرء مسلم الحديث، و قوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ الآية حيث ان الفسخ بعد تلف احدى العينين مثلا أكل و تملك لمال الغير، فلا يحل، و لا يصح.

نعم ذكر السيد الخوئي (طال بقاه) ان الثابت بالإجماع في المقام جواز فسخ المعاطاة بفعل خاص و ذلك الفعل تراد العينين، نظير الفسخ المعتبر في بيع الخيار فإنه كما ان الجائز في ذلك البيع هو الفسخ برد الثمن، كذلك المعتبر في المقام هو الفسخ بتراد العينين، و بعد تلفهما أو تلف أحدهما لا يبقى لثبوت الجواز موضوع حتى يستصحب.

و فیه ان المعتبر فی المعاطاة هو الفسخ مطلقا لا الفسخ بنحو خاص، الا ترى انه إذا فسخ أحد المتعاطیین المعاطاة قولا مع بقاء العینین و لم یسلم صاحبه المال الیه بعد الفسخ عصیانا فإنه لا ینبغی الریب فی انفساخ المعاطاة، و هذا شاهد قطعی على أن المعتبر هو نفس فسخ المعاطاة، غایة الأمر المتیقن من الإجماع جواز الفسخ حال إمکان تراد العینین، و إذا شک فی ثبوته فی حالة أخرى کتلف احدى العینین فیستصحب جواز الفسخ، کما فی سائر موارد الاستصحاب.

و الحاصل ان استصحاب الجواز فی المقام لا بأس به.

إرشاد الطالب إلى التعلیق على المکاسب، ج۲، ص: ۹۰

مندفع بما سیجیء (۱) و لم یثبت جواز المعاملة على نحو جواز البیع الخیاری (۲).

و اما بناء على الإباحة فقد استوجه بعض مشایخنا (۳)

---

(۱) فی فرض تلف أحد المالین و فسخ مالک المال الآخر.

(۲) أقول قد مر سابقا ان جواز الرجوع فی الهبة و جواز تراد العینین فی المعاطاة بعینه فسخ عقد الهبة أو المعاطاة، و انه لا فرق بین جواز الفسخ فیهما و جواز الفسخ فی موارد الخیارات، غایة الأمر جواز الفسخ فیهما حکمی لا یسقط بالإسقاط، و جواز الفسخ فی موارد الخیارات باعتبار کونه حقا قابل للإسقاط.

و بعبارة أخرى ان کان الرجوع فی الهبة بمعنى استرداد العین الموهوبة مع إبقاء الهبة على حالها بحیث یکون تصرف الواجب فی تلک العین بعد ذلک تصرفا فی مال المتهب، فهذا لا یلتزم به أحد، و ان کان مع ازالة الهبة بأن یکون استردادها بقصد إلغاء الهبة فهذا عین الفسخ، و على ذلک فلو کان الموجود فی المعاطاة الملک غیر اللازم، فمعناه جواز فسخ المعاطاة، فاستصحاب هذا الجواز بعد تلف أحد العینین أو کلیهما کاستصحاب الخیار بعد طرو ما یحتمل معه زواله، و هذا یعنی استصحاب جواز الفسخ مبنی على مسلکه، فإنه علیه لا یکون فی المقام مجال للتمسک بعمومات لزوم الملک و مطلقاته لورود التخصیص أو التقیید علیها، و لم یبق فی البین من مقتضى اللزوم الا استصحاب بقاء الملک، و من الظاهر ان استصحاب بقاء جواز الفسخ حاکم علیه.

(۳) و حاصله ان استصحاب بقاء سلطنة المالک على العین الموجودة مقتضاه عدم لزوم الملک، بل عدم حدوثه، و فیه ان هذا الاستصحاب معارض بأصالة عدم اشتغال ذمة مالک العین الباقیة بمثل التالف أو قیمته.

إرشاد الطالب إلى التعلیق على المکاسب، ج۲، ص: ۹۱

....

لا یقال یمکن إثبات اشتغال ذمته بقاعدة الید فتکون نتیجة الجمع بین حدیث على الید و أصالة بقاء سلطنته على العین الباقیة عدم لزوم الإباحة، و عدم حدوث الملک. فإنه یقال مقتضى قاعدة الید ضمان مال الغیر مطلقا لا معلقا على مشیة الضامن و اختیاره فسخ المعاملة التی قد جرت بین العین التالفة و بین الباقیة کما هو المطلوب فی المقام.

ثم أجاب (ره) عن معارضة استصحاب بقاء السلطنة مع أصالة براءة ذمة مالک العین الباقیة بوجوه ثلاثة.

الأول- ان استصحاب براءة ذمته محکوم باستصحاب بقاء السلطنة.

الثانی- أصالة برائتها غیر جاریة فی نفسها للعلم الإجمالی بضمانه التالف اما ببدله الواقعی، یعنی المثل أو القیمة أو ببدله الجعلی، یعنی العین الباقیة و لا یجری الأصل فی أطراف العلم الإجمالی.

الثالث- ان ثبوت الضمان بالمثل أو القیمة مقتضى سلطنة الناس على أموالهم فإن مقتضاه سلطنة المالک على ماله الموجود، بأخذه، و على ماله التالف فی ید الغیر، بأخذ بدله، و استصحاب هذه السلطنة یکون حاکما على أصالة براءة ذمة من تلف مال الغیر فی یده.

أقول: لا- يمكن المساعدة على هذا الوجه اى الثالث فإن سلطنة المالك على ماله عبارة عن ولايته على التصرف فيه و نفوذ ذلك التصرف و عدم ضمان الآخر بماله لا يكون منافيا لسلطنته.

الا ترى ان الودعى مثلا لا يضمن الوديعة، و لا يكون عدم ضمانه تخصيصا فى دليل سلطنة المالك، و الا لزم القول بالضمان و لو مع فرض تلف المالين حتى على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۹۲

و لو كان أحد العوضين دينا فى ذمة (۱)

الإباحة أخذا بدليل السلطنة فى حق كل واحد من المتعاطيين بالإضافة إلى ماله التلف فى يد صاحبه و كذا لا يمكن المساعدة على الوجه الأول، و ذلك فان الاستصحاب فى سلطنة المالك على العين الموجودة، عبارة أخرى عن استصحاب عدم كون تلك العين عوضا، عن التالف و انه لم يدخل فى ملك الطرف الآخر، فالمعارضة بينه و بين استصحاب عدم اشتغال ذمته للطرف الآخر بمثل التالف أو قيمته بحالها.

و ان شئت قلت لا يجرى أصالة بقاء السلطنة فى حق من كان مالكا للعين الموجودة لعلمه إجمالا بكونه مكلفا اما بدفع تلك العين الى صاحبه، و عدم جواز إمساكها عليه، و اما بدفع البدل الواقعى للتالف الى ذلك الطرف، و أصالة بقاء سلطنته على العين و عدم وجوب دفعها أو عدم حرمة إمساكها، لا- يكون حاكما على أصالة برأيه ذمته عن البدل الواقعى، فإن المعيار فى الحكومة ان يكون أحد المجريين موضوعا و الآخر حكما له، و بقاء ملكه و سلطانه على العين الموجودة، ليس موضوعا لاشتغال ذمته بالبدل الواقعى للمال التالف.

(۱) و الصحيح ان يقال انه إذا كان أحد المالين دينا بذمة أحد المتعاطيين يحكم من الأول بالملك اللازم مطلقا، و لو على القول بالإباحة، و هذا على القول بالملك ظاهر، لأصالة اللزوم بعد عدم إحراز ما تقدم فى وجه جواز الملك، و هو الإجماع فى مثل المقام مما يكون نتيجة التمليك بعوض فيه، سقوط ما على العهدة، و لسنا ندعى ان الساقط عن العهدة لا يمكن عوده إليها كما قيل لان عود ما على الذمة إليها فى بعض الموارد شاهد قطعى لإمكانه.

كما إذا باع المديون لآخر بعشرة دنانير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشر و خياطة ثوبه المعين فأخذ المشترى المتاع و سلم الالف و أبرئه عن العشر و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۹۳

و لو نقل العينان أو أحدهما (۱)

لكن امتنع عن خياطة الثوب فإنه لا- ينبغى الريب فى أن للبائع خيار تخلف الشرط و إذا فسخ يعود العشر الى ذمته، و هذا عود بعد السقوط.

و الحاصل انه لا- يمكن قياس عود المال إلى الذمة بعود الشىء الخارجى بعد صيرورته معدوما و يقال بأن الشىء لو كان عوده بشخصه الأول لزم تخلل العدم فى الوجود الواحد، و لو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأول.

و الوجه فى الفرق ان ثبوت المال على الذمة اعتبار يتعلق بالطبيعى و يمكن اعتباره ثانيا بنحو لا يكون بينه و بين الطبيعى الأول ميز أصلا.

و اما على القول بالإباحة فإن الإباحة تثبت فى المعاطاة بالإجماع و السيرة و من الظاهر ان الإباحة فى مقابل الملك لا معنى لها فى المقام فيكون الإجماع و السيرة فى سائر الموارد و يثبت الملك فى المورد من الأول كما هو مقتضى حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد.

(۱) یعنی ان انتقال کلا المالین أو أحـدهما بعقـد لازم من طرف الناقل موجب للزوم المعاطاة و هذا علی تقدیر بقاء العقد اللازم ظاهر باعتبار عدم إمکان التراد علی القول بالملک و انتهاء الإباحة و صیرورة المال ملکا للمتصرف عند العقد اللازم علی مسلک الإباحة.

نعم لو عاد المال الی الناقل بفسـخ العقـد اللازم بالإقالـة أو بالفسخ من الطرف الآخر للخیار الثابت له فیمکن الالتزام بجواز التراد أخذا باستصحابه.

لا یقال لا مجال لاستصـحابه للقطع بانتفاء جواز التراد قبل فسـخ العقـد اللازم، و الجواز علی تقـدیره فعلا حکم آخر لم یعلم حـدوثه، فإنه یقـال المستصـحب جواز التراد وضـعا أی نفوذ التراد و صـحته و عـدم إمکان التراد قبل فسـخ العقـد اللازم لا یوجب ارتفاع هـذا الجواز.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۹۴

و لو کان الناقل عقدا جائزا (۱).

ثم انه (ره) نـاقش فی هـذا الاستصـحاب بـأنه لاـ بـد من الاقتصار علی المتیقن فی جواز التراد و الرجوع فی غیره بأصالـة اللزوم، لعـدم إحراز موضوع جواز التراد لیستصـحب و ذکر انه لاـ یجوز التراد بعـد فسـخ العقـد اللاـزم حتی علی القول بالإباحـة و ذلـک فان العقد اللازم بحـدوثه کاشف عن دخول المال فی ملک المباح له و بعـد فسـخه یرجع المال الی ملکه، لا الی ملک المبیح، و مقتضـی دلیل السـلطنة نفوذ تصـرفات المبـاح له لا المبیـح و لیس فی هـذا الفرض حالـة سابقـة لجواز التراد لیستصـحب بل الثابت سابقا هی الإباحة المنقطعة عند حدوث العقد اللازم.

نعم یتصور جواز التراد علی الإباحة بالالتزام بأحد أمرین.

أحـدهما القول بأن العقـد اللازم الحادث بحـدوثه و بقائه کاشف عن حصول الملک للمباح له و بارتفاع العقد اللازم یرجع المال الی ما کان علیه قبل العقد اللازم فیکون ملکا للمبیح و مباحا للمباح له.

و الأـمر الثـانی ان یقال العقـد اللازم لا یتوقف علی حصول الملک للمتصـرف لجواز کون الثمن فی العقـد اللازم ملکا للمتصـرف مع خروج المثمن عن ملک المبیـح و لکن قـد مر عـدم إمکان ذلک و انه خلاف مقتضـی المعاوضـة کما لا یمکن الأمر الأول أیضا فإن العقـد اللازم لا یبطل بالفسخ من أصلـه حتی لا یکون کاشـفا عن حصول الملک للمباح له بل الانفساخ یقع من حین الفسخ و صـحته الی زمان الفسـخ لا تکون الا مع حصول الملک للمباح له قبل العقـد و علی ذلک فبفسـخ العقد فیما بعد یرجع ملک المال الیه لا الی المبیح.

(۱) یعنی لو انتقل أحد المالین بنقل جائز تکون المعاطاة لازمة و لا یجوز للمالک الفعلی للعین الموجودة إلزام المتصرف بفسخ النقل الجائز و الوجه فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۹۵

و لو باع العین ثالث فضولا فأجاز المالک الأول (۱)

ذلک ان التراد غیر متحقق أی غیر ممکن ممن یملک العین الباقیة فإنه عبارة عن رد المال علی مالکه الأصـلی و استرجاع ما کان ملکا له منه و المفروض ان المـال بعـد النقـل الجـائز غیر بـاق فی ملـک صـاحبه حتی یسترجع منه نعم لصاحبه فسـخ النقل الجائز و بفسـخه یتمکن مالک العین الباقیة علی التراد و لکن تمکینه من ذلک غیر واجب علی صاحبه.

هـذا بنـاء علی الملـک فی المعاطـاة و اما بناء علی الإباحـة فالنقل الجائز ملزم لها من الجانبین لان النقل الجائز کاشف عن انتهاء ملک المبیح و حصوله للمباح له قبل تصرفه فی المال بالنقل الجائز.

نعم لو كان النقل الجائز من الهبة مجانا بان لا ـ تكون معاوضة فيمكن القول بان تصرف المباح له لا يوجب حصول الملك له بل تصرفه أى الهبة تقع عن المبيح فهو الواهب حقيقة فيثبت فى حقه جواز الرجوع فى الهبة و جواز التراد فى المعاطاة على تقدير بقاء المال الآخر فى يده أو رجوعه الى يده من غير صيرورته ملكا له فى زمان فإنه لو صار ملكا له فى زمان فلازمه انتهاء ملكه و سلطانه على المال الآخر كانتهاء ملك صاحبه على المال الذى بيده.

(۲) فان اجازة المالك الأول كبيعه المال مباشرة فى كونها فسخا للمعاطاة فيكون المقام نظير بيع ذى الخيار ما انتقل عنه فى الالتزام بحصول الملك له آنا ما قبل البيع الثانى و لو أجاز المالك الثانى الذى انتقل المال إليه بالمعاطاة تكون أجازته كبيعه مباشرة ملزمة نافذة بلا اشكال، باعتبار كون المال ملكه.

و اما إجازة المباح له ففيها اشكال الالتزام بالملك آنا ما قبل أجازته فتكون الإجازة على مسلك الإباحة فى جهتى الاشكال و عدمه عكس مسلك الملك المتزلزل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۹۶

و لكل منهما رده قبل إجازة الآخر (۱) و لو امتزجت العينان إلخ (۲)

---

(۱) فلا ـ بد من كون رد المالك الأول بناء على مسلك الملك فى المعاطاة بقصد الرجوع فيها و حينئذ يكون رده نافذ أو مبطلا للمعاطاة أيضا فلا يبقى مجال لإجازة الثانى الا بناء على كون الإجازة كاشفة عن انتقال المال إلى المشترى من الفضولى و ان رجوع المالك الأول واقعا كان بعد هذا الانتقال.

و لكن الصحيح فساد هذه الإجازة لأن شرط صحة الإجازة و نفوذها كون المجيز مالكا للمال مع قطع النظر عن أجازته و ليس هنا كذلك لرجوع المال الى مالكه الأول لو لا أجازته.

(۲) على تقدير الملك فى المعاطاة يحكم بلزومها بالامتزاج بناء على عدم جريان الاستصحاب فى جواز التراد، فى مقابل أصالة اللزوم فى الملك كما تقدم و بناء على مسلك الإباحة يجرى استصحاب بقاء المال على ملك مالكه الأول و بهذا يحرز موضوع الشركة و هو حصول الامتزاج بين مالين من مالكين مع عدم إمكان تمييزهما عرفا.

نعم لو كان الامتزاج موجبا لصدق التلف كما فى خلط العسل القليل باللبن، فيدخل الفرض فى تلف المال حتى على مسلك الإباحة.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين المسلكين و ان الامتزاج موجب للزوم المعاطاة، حتى على القول بالإباحة، أخذا بأصالة نفوذ البيع و لزومه إلا فى المقدار المتيقن و هو المال قبل الامتزاج، كما ان مقتضاها عدم الفرق فى ذلك بين الامتزاج و التصرف المغير للصورة.

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال للمناقشة فى لزوم المعاطاة بموت أحد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۹۷

[السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة]

السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك إلخ (۱)

المتعاطيين، فإنه لا دليل لرفع اليد عن صحة البيع و لزومه إلا فى المقدار المتيقن سواء على القول بالملك أو الإباحة، و لكن ظاهر كلام المصنف ره هو التفصيل بين القولين. و انها تلزم على القول بالملك، حيث ان جواز الرجوع الثابت للمتعاطيين حكمى، نظير جواز الرجوع فى الهبة، و لذا لا تلزم المعاطاة من الابتداء باشتراط لزومها.

و الحاصل ان الجواز الحقی کالخیار یمکن القول فیه بالإرث لأنه من الحق الذی یترکه المیت لا ـ الجواز الحکمی فإنه تابع لثبوت موضوعه فقط، و لکن المال علی القول بالإباحة ینتقل إلی الورثة، فیکون رجوع الورثة فی المعاطاة باعتبار ان المال ملکهم، فیکون رجوعهم، نظیر رجوع من قدم الطعام الی الغیر، فی کون بقاء الإباحة له دائرا مدار بقاء رضاه.

أقول قد تقدم ان الإباحة علی القول بها اباحة حکمیة، لا المالکیة، و الإباحة الحکمیة، تدور مدار بقاء موضوعها فقط، و ذکرنا ان الثابت منها فی مقابل العموم أو الإطلاق المقتضی لحصول الملک اللازم بالمعاطاة، مقدار الیقین، و هو ما لم یقع موت أحد المتعاطیین کما لا یخفی.

(۱) تعرض الشهید الثانی ره لکون المعاطاة بعد لزومها بیعا، أو معاوضة مستقلة، و ذکر لکل منهما وجها، فوجه کونها بیعا ان سائر المعاوضات محصورة، و لیست المعاطاة منها، و کون المعاطاة معاوضة مستقلة فی مقابل تلک المعاوضات، لا یساعد علیها دلیل، فیتعین دخولها فی عنوان البیع، و وجه کونها معاوضة مستقلة، ان المعاطاة حین حدوثها لم تکن بیعا، و لا موجب لدخولها فی عنوان البیع بعد ذلک.

و قال ره و تظهر ثمرة ذلک فی ترتب آثار البیع بعد لزومها، فعلی الوجه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۹۸

....

الأول تترتب علیها تلک الآثار، کخیار الحیوان حیث ان هذا الخیار، حکم الشراء الحیوان، ثم علی تقدیر ثبوت هذا الخیار، فهل الثلاثة من حین المعاطاة، أو من حین لزومها، فیه تردد.

و یرد علی الأول ان المعاطاة لیست بیعا حین حدوثها، فکیف یثبت خیار الحیوان من ذلک الحین، و علی ثبوته بعد لزومها بان التصرف أو التلف لا یکون بیعا اللهم الا ان یلتزم بحدوث خیار الحیوان، من حین التلف، أو التصرف باعتبار ان المعاطاة مع التصرف أو التلف تکون بیعا تاما، فالمعاطاة جزء السبب المملک، لا تمامه.

و ذکر ره فی آخر کلامه ان الأقوی عدم ثبوت خیار الحیوان فی المعاطاة لا من حینها و لا من حین لزومها، کخیار المجلس، و نظره (ره) ان أدلة خیاری الحیوان و المجلس ظاهرها ثبوتهما فی بیع، یکون ذلک البیع مع قطع النظر عن الخیار لازما و المعاطاة لیست کذلک الا علی قول المفید و من تبعه، القائلین بأن المعاطاة کالبیع العقدی لازمة من الأول.

نعم یثبت فی المعاطاة خیار العیب و الغبن سواء قلنا بأنها عند لزومها بیع أو معاوضة مستقلة، لأن الدلیل علی ثبوتها قاعدة نفی الضرر الجاریة فیها سواء قیل بأنها عند لزومها بیع أم لا، و لذا یثبتان فی سائر المعاوضات.

و ذکر المصنف ره ان هذا الکلام من المسالک ای کون المعاطاة بعد لزومها بیعا أو معاوضة مستقلة، متفرع علی القول بالإباحة، و اما بناء علی مسلک الملک الجائز، فلا مجال لهذا الکلام فان المحقق الثانی صرح بأن المعاطاة، بیع غیر لازم و یکون الملک الحاصل بها لازما، بحدوث أحد الأمور المتقدمة، و علی هذا المسلک یترتب علی المعاطاة من حین حدوثها جمیع الأحکام المترتبة علی البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۹۹

و المحکی عن حواشی الشهید إلخ (۱).

غیر الأثر الذی یکون مترتبا علی البیع اللازم ای علی البیع الذی یکون لو لا الخیار لازما، فان هذا الأثر لا یترتب علی المعاطاة لأن عدم لزومها، لیست باعتبار کونها بیعا خیاریا، بل عدم اللزوم فیها کما فی الهبة حکمی.

ثم انه اختار المصنف ره علی مسلک الإباحة، الاحتمال الأول، و هو صیرورتها بعد لزومها بیعا و ذکر فی وجهه ما تقدم سابقا من

كون المعاطاة بيعا عرفا غاية الأمر حصول أحد الملزمات المتقدمة، نظير التقابض فى بيع الصرف، شرط لحصول الملك و قبل حصول أحدها يكون مال كل منهما مباحا للآخر بإباحة حكمية، و على ذلك فيترتب على المعاطاة، أحكام البيع غير الآثار المترتبة على البيع الحادث صحيحا.

أقول لازم توجيه الإباحة و اشتراط حصول الملك، ترتب جميع آثار البيع بعد حصول الملك حتى الآثار المترتبة على البيع الواقع صحيحا، فإن المعاطاة بيع صحيح عند حصول الملك، و لا فرق بينهما و بين بيع الصرف عند حصول التقابض و كما يترتب تلك الآثار على بيع الصرف بعد حصول الملك به كذلك تترتب على المعاطاة بعد لزومها.

و ايضا ظاهر كلامه (ره) كما ذكرنا ان كون شيء ملزما للمعاطاة على الإباحة مساوق لتمام البيع به، فيترتب عليها أحكام البيع من حين حدوث ذلك الملزم، و لكن قد ذكر فيما تقدم (فى صورة تلف العينين) كون الإباحة لازمة بمعنى عدم حدوث ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه و ظاهر ذلك عدم انتقال المالين الى الطرفين بتلفهما فراجع.

(۱) يمكن ان يتوهم ان ما ذكر المصنف (ره) من ان المعاطاة على تقدير القول بحصول الملك بها بيع بلا خلاف، و ان الكلام فى كونها بيعا أو معاوضة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۰

[الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة]

و اما ان يشمل هذا و غيره كما هو ظاهر (۱).

و ربما يجمع بين هذا الكلام إلخ (۲).

مستقلة مبنى على مسلك الإباحة ينافى ما حكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد حيث ذكر فيها ان المعاطاة معاوضة مستقلة أو جائزة.

و وجه المنافاة انه لو قيل بلزوم المعاوضة فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول مع عدم كونها بيعا، و كأنه (ره) دفع الوهم بان كلام الشهيد (ره) مبنى على مسلكه فى المعاطاة و هى الالتزام بالإباحة، و المعاوضة فى كلامه معاوضة فى الإباحة، لا الملك و لزوم و هذه الإباحة، باعتبار معاوضتها لا يقتضى حدوث الملك.

أقول المعاوضة فى الإباحة تلازم حصول الملك بالمعاطاة فإنه لا بد من الالتزام بحصوله عند حدوث أحد الملزمات فان تصرف المباح له فى مال صاحبه بما يتوقف على كونه مالكا لا يتم الا بحصول الملك له و إذا قلنا انها لازمة من ابتداء الأمر فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول و الحاصل فرق بين الإباحة المالكية و الشرعية فإن لزوم الأول من الابتداء لا يلازم الملك بخلاف الثانية كما لا يخفى.

(۱) و وجه الظهور عدم تقييد الفاسد فى كلامهم بما إذا كان الفساد من جهة اختلال شروط الصيغة.

(۲) و حاصل الجمع ان عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد و ضمانه يكون فى فرض رضا كل منهما بتصرف صاحبه لصيرورته ملكا له بالعقد، و على ذلك فلا يجوز للآخر التصرف، و يكون ضامنا للمال لان جواز تصرفه اما باعتبار الملك و المفروض عدم حصوله و اما باعتبار رضا الآخر بتصرفه مع عدم كون المال ملكا له و المفروض انتفاء هذا الرضا و اما جواز التصرف و جريان حكم المعاطاة على المقبوض بالعقد الفاسد فيكون فى فرضين.

أحدهما ما إذا علما فساد العقد و عدم صيرورة المال ملكا للآخر بالعقد و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۱

....

مع ذلک کان رضاهما بالملک باقیا الی ان حصل القبض.

و الثانی- کون کل منهما من الأول راضیا بتصرف الآخر علی کل تقدیر کان العقد صحیحا أو فاسدا فیکون تصرف الآخر فی فرض صحته بما هو مالک، و فی عدم صحته بما هو مأذون و لکن المصنف (ره) لم یرتض بهذا الجمع و ذکر انه لا یمکن حمل کلام المحقق و الشهید الثانیین علی الفرضین و ذلک فان المفروض فی کلامهما حصول إنشاء واحد و تملیک واحد و هو العقد الفاسد و کان تراضی المالکین بذلک العقد و التملیک و إذا فرض عدم حصول الملک و عدم تمام العقد، فلا یبقی الاذن و الرضا المتعلق به و لو فرض رضاهما بالملک مع الإغماض عن ذالک العقد بحیث حصل منهما إنشاء آخر بالقبض و الإقباض، کان خارجا عن کلامهما فان کلامهما فی حصول المعاطاة بنفس ذلک العقد.

و کذا لا یصح حمل کلامهما علی التراضی الجدید، بان لا یحصل منهما إنشاء آخر بالقبض و الإقباض و لکن یکون منهما الرضا بالتصرف حتی مع الإغماض عن العقد الفاسد و الوجه فی عدم الصحة أولا ان التراضی کذلک یکون من العالم بفساد العقد و کلام المحقق و الشهید الثانیین مطلق و ثانیا انه لو کان الرضا بتصرف الآخر من دون قصد الملک و المعاوضة فلا یکون هذه معاطاة بل إباحة مالکیة تبقی ما دام العلم بالرضا و لا یکفی فیها عدم العلم بالرجوع و لا یترتب علیه أثر المعاطاة من حصول الملک بتلف احدی العینین أو جواز التصرف إلی إحراز الرجوع و ان کان الرضا بعنوان المعاوضة بین المالین فی الملک فهذا هو الرضا بالملک فی العقد السابق و لیس امرا حادثا و المفروض عدم کونه مؤثرا فی حصول الملک بمجرده أو مع العقد المزبور.

أقول- التراضی الجدید بمعنی مجرد رضاه بتصرف الآخر فی ملکه و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۲

و هذا لیس ببعید علی القول بالإباحة (۱).

[مقدمة فی خصوص ألفاظ عقد البیع]

اشارة

قوله مع الإشارة إلیه فی بعض النصوص (۲).

لا یکون معاطاة فلا یجوز به الا التصرف غیر الموقوف علی الملک لأن التراضی المزبور إباحة مالکیة الا انه یکفی فی بقائها الاستصحاب و ما ذکره (ره) من ان جواز التصرف یبقی ما دام العلم بالرضا و لا یکفی فیه عدم العلم بالرجوع غیر صحیح.

و بتعبیر آخر قد لا یحرز تعلق الرضا من الأول بهذا التصرف الذی یریده الآخر ففی مثل ذالک لا مورد للاستصحاب باعتبار کون الرضا بالتصرف انحلالیا و هذا الفرد من التصرف لم یحرز تعلق الرضا به من الأول و قد یعلم انه کان راضیا بهذا التصرف و یحتمل الان حصول البدإ له و رجوعه عن رضاه و هذا مورد الاستصحاب.

(۱) أقول الإباحة فی المعاطاة لیست مالکیة بل هی حکمیة و یکون قصد المتعاطیین الملک لا الترخیص للآخر فی ماله و الملک المنشأ فی المعاطاة بناء علی الإباحة لا یکون ممضی الا بعد حصول أحد الملزمات المتقدمة و علی ذلک فکیف یمکن تحقق الملک بدون الإنشاء قولا أو فعلا.

و اما مسئلهٔ أخذ الماء و وضع الفلوس فی دخل السقاء و أخذ البقل و وضع الفلوس فی المكان المعد له فقد ذكرنا فيهما فی الأمر الثانی فراجع.

(۲) المراد الروايات المتقدمهٔ فی المعاطاهٔ التی ذكر (ره) ان فيها ظهورا و إشعارا إلی اعتبار اللفظ فی البيع اللازم كروايهٔ إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام.

أقول لازم ما ذكر (ره) فی هذا الأمر من عدم جريان حكم المعاطاهٔ علی المعاملهٔ المنشأهٔ باللفظ غير المعتبر مع ما سيأتی منه (ره) من اعتبار اللفظ فی البيع اللازم و عدم كفايهٔ الكتابهٔ مع التمكن علی التلفظ ان يحكم بالفساد فيما إذا كان

إرشاد الطالب إلی التعليق علی المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۳

لان الوجوب بمعنی الاشتراط كما فيما نحن فيه مقتضی الأصل (۱)

إنشاء البيع بالكتابهٔ مع التمكن علی التلفظ بان لا يجری عليه حكم المعاطاهٔ أيضا و لا أظن إمكان الالتزام ببطلان المعاملات الدارجهٔ بين العقلاء من المتشرعهٔ و غيرهم التی يكون إنشائها بالكتابهٔ.

(۱) يعنی الاشتراط مقتضی استصحاب بقاء الملك بحاله، و عدم حدوث الانتقال و لكن لا يخفی ان هذا الأصل لا تصل النوبهٔ إليه فی مقابل إطلاق أدلهٔ المعاملات و عموماتها فان اعتبار اللفظ فيها علی تقديره شرط زائد علی أصل حصول عناوينها فيكون مع الشك فی الاعتبار مقتضی الإطلاق أو العموم عدمه كما مر تفصيل ذلك فی بحث المعاطاهٔ و ذكرنا عدم الفرق فی صحهٔ هذا التمسك فی موارد الشك بين القول بإفادهٔ المعاطاهٔ الملك أو الإباحهٔ فعلی كلا التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصص أو التقييد، صورهٔ قدرهٔ المتبايعين علی مباشرهٔ اللفظ و اما مع عدمها فلا تخصيص و لا تقييد.

فما يظهر من المصنف (ره) من ان الأخذ بالعموم أو الإطلاق موقوف علی القول بإفادهٔ المعاطاهٔ الملك لا يمكن المساعدهٔ عليه.

لا يقال ما وجه افتراق المقام عن موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الارتباطيين حيث ان المقرر هناك جريان البراءهٔ عن كون شیء شرطا أو جزءا أو مانعا و تكون باعتبار كونها معينهٔ لمتعلق الأمر حاكمهٔ علی استصحاب الوجوب، و فی المقام يكون أصالهٔ العدم فی ناحيهٔ اعتبار اللفظ مثلا فی حليهٔ البيع و وجوب الوفاء به معينهٔ لكون الموضوع لهما ذات البيع.

و بالجملهٔ لا فرق فی جريان البراءهٔ بين مورد الحكم التكليفی و الوضعی و يكون جريانها فی ناحيهٔ عدم القيديهٔ معينهٔ لموضوع الحكم الوضعی و مع تعينه لا يبقی مجال لاستصحاب الحكم يعنی عدم حدوث الأثر.

إرشاد الطالب إلی التعليق علی المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۴

....

فإنه يقال لا تجری البراءهٔ فی نفی الشرط أو القيد للموضوع أو المتعلق الا فيما إذا كان الحكم المجعول واحدا و دار الأمر بين تعلقه بذات المطلق أو به مقيدا بقيد كما فی مسألهٔ دوران الأمر بين الأمر بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، و اما إذا كان الحكم انحلاليا كما فی المقام فلا مورد للبراءهٔ عن القيد لان ثبوت الحكم للأفراد الواجدهٔ للقيد، محرز و الشك فی ثبوت حكم آخر للفرد الفاقد و مقتضی الأصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفی.

و ذكر السيد الخوئی (طال بقاه) ان عدم الرجوع الی البراءهٔ باعتبار انه ليست الشرطيهٔ أو المانعيهٔ غير أخذ الشیء الوجودی أو العدمی فی متعلق الأمر أو موضوع الحكم و ليس أخذ الشیء الوجودی أو العدمی فی نفسه تكليفا لتجری البراءهٔ عنه و ما يكون فی موارد الأقل و الأكثر الارتباطيين مجری البراءهٔ هو الوجوب المتعلق بالأكثر و لا يعارض بالوجوب المتعلق بالأقل، حيث ان أصالهٔ البراءهٔ لا تعم موردا لا يكون جريانها فيه امتنانا و جريانها فی ناحيهٔ الأقل خلاف التوسعهٔ و لا يكون فی رفعه امتنان و من الظاهر انه لا تكليف

فی المقام بل ثبوت الأثر للمعاطاة الفاقدة للشرط المحتمل غیر محرز و الأصل عدمه.

أقول لیس لنا سبیل الی ان مجری البراءة لا بد من ان یكون تكلیفا بل كل ما یكون قابلا للرفع و الوضع فالبراءة یرفعه و أخذ الشیء فی متعلق التكلیف فیه كلفة زائدة حیث یترتب علیه حكم العقل بلزوم رعایته فی المأتی به فأصالة البراءة تجری فی ناحیته و لو مع عدم كونه تكلیفا و الصحیح فی توجیه أصالة الفساد فی المعاملة ما ذكرنا فتأمل.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۵

بل لفحوی ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فی طلاق الأخرس (۱).

و المراد بالصریح كما یظهر (۲)

---

(۱) و تقریره ان الطلاق یعتبر فی إنشائه الصیغة الخاصة فلا یكفی فیه مطلق اللفظ فضلا عن غیر اللفظ و مع ذلك قد ورد ان إطلاق الأخرس یكون بالإشارة و لا یمكن حمل ذلك علی صورة عدم تمكنه علی التوكیل فان عدم التمكن علیه فرض نادر لا یمكن حمل الإطلاق علیه، و إذا جاز الإنشاء بالإشارة مع التمكن علی التوكیل فی الطلاق جاز فی غیره قطعا.

أقول لا- یمكن استفادة عدم لزوم التوكیل فی مطلق غیر التمكن علی مباشرة اللفظ من روایة طلاق الأخرس بل غایة الأمر ان یقال بجواز إشارة الأخرس فی فی سائر العقود و الإیقاعات أیضا إلحاقا لها بالطلاق بالفحوی و اما إذا كان عدم التمكن لعدم المعرفة باللغة العربیة مثلا- فلا- یمكن القول بجواز طلاق غیر العارف بغیر الصیغة المخصوصة لیتعدی منه الی سائر العقود و الإیقاعات بل اللازم التوكیل أخذا بما دل علی ان الطلاق لا یكون إلا بالصیغة الخاصة.

(۲) و خلاصة ما ذكر ره ان المراد بالصریح التعبیر عن المعاملة بلفظ یكون ذلك اللفظ موضوعا لتلك المعاملة لغة و شرعا كما ان المراد بالكنایة اللفظ الموضوع لمعنی یكون ذلك المعنی لازما لتلك المعاملة فیكون دلالته علی اللازم بالوضع و علی الملزوم ای تلك المعاملة بالقرینة كانت تلك القرینة جلیة أو خفیة و القول باعتبار الصراحة بهذا المعنی فی العقود اللازمة و عدم كفایة الكنایة كانت القرینة جلیة أو خفیة لا یساعد علیه الروایات المتفرقة فی أبواب العقود و كلمات الأصحاب الناظرة الی بیان صیغ مطلق البیع أو بعض افراده كبیع السلم و صیغ سائر العقود فان مقتضاهما الاكتفاء فی الإنشاء بكل لفظ یكون ظاهرا فی المعاملة المقصودة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۶

علی انهما من الكنایات (۱) و لكن هذا الوجه لا یجری (۲)

سواء كان ظهوره فیها بالوضع أو بالقرینة.

و قد اختار ذلك جماعة من المتأخرین و حكوه عن جماعة أخری و بما أن ملاحظة كلمات الفقهاء فی أبواب العقود تقتضی بعدم اعتبار الصراحة بالمعنی المتقدم و مع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبرة فی المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقق الثانی بین الأمرین بحمل المنع علی المجازات البعیدة.

ثم ذكر (ره) ان الأحسن من هذا الجمع حمل المنع علی ما إذا لم تكن القرینة الدالة علی المقصود أو تعیینه لفظا فان مع عدم القرینة اللفظیة یخرج المعاملة عن كون إنشائها و الدلالة علیها باللفظ.

(۱) ای لا یباع و لا یوهب من الكنایات بالإضافة إلی الوقف فان من لوازم الوقف یعنی أحكامه عدم جواز بیعه و هبته فیكون ذكرهما و ارادة الوقف من الكنایة.

(۲) أی حمل المنع فی كلماتهم علی ما إذا لم تكن القرینة لفظیة لا یمكن فی جمیع كلمات الأصحاب فإن العلامة ذكر فی التذكرة عدم جواز البیع بمثل قوله أدخلته فی ملكك بكذا مع ان كل ذلك من تملیك العین بعوض، و الدلالة علیه، تكون باللفظ، فان قوله

جعلته لـك، دال على التمليـك، و ذكر العوض بقوله بكـذا، دال على كون التمليـك بعنوان المعاوضـة بين المالين، فتم الـدال اللفظى على البيع.

أقول- بل الجمع المزبور فى نفسه غير صـحيح فإن رعايـة القرينـة الحاليـة مثلا فى الدلالة، لا تخرج الدلالة على المعاملة و إنشائها عن كونها باللفظ، فلا حظ مثلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۷

دعوى ان العقود أسباب توقيفية (۱)

من رأى بطلا شجاعا فى الحمام و ذكر عند خروجه عنه، أن فى الحمام أسدا، فإنه يصح القول بأنه أخبر و ذكر للناس وجود البطل فى الحمـام و الزائـد على هـذه الدلالـة اللفظيـة، غير معتبر فى إنشاء العقود حيث ان مع القرينـة المزبورة، يكون إنشـاء الملـك و اعتبـاره بالتلفظ، بخلاف المعاطاة التى تكون فيها اعتبار الملك و إنشائه بالفعل.

نعم لا يكفى ذلك فى مثل الطلاق لاعتبار الصيغة الخاصة فيه، لا لكون القرينة حالية، بل لو كانت مقالية أيضا لا تكفى.

و الحاصـل ان غايـة مـا يمكن الالـتزام به هو اعتبـار إنشـاء المعاملـة، فى العقود اللازمـة، باللفـظ، و كون اللفظ المزبور دالا على تلك المعاملة بوجه معتبر، بحيث يكون له ظهور عرفى، كان بطور الحقيقـة أو المجاز، و الكنايـة، و كانت القرينـة حالية، أو مقالية، و ذلك للزوم الأخـذ بالإطلاق أو العموم فى أدلـة العقود فى غير مورد اليقين بالتخصـيص و التقييد، و هو ما إذا خلت المعاملة عن اللفظ رأسـا بأن كان إنشائها بالفعل أو نحوه.

(۱) و ملخص مـا ذكر أنه لا ينبغى الريب فى عـدم جعـل الشـارع سـببا خاصـا لكل معاملـة يراد بها النقل و الانتقال، كالبيع و الإجارة، ليكون الحكم بكون شيء سببا لهما محتاجا الى ورود خطاب الشرع عليه.

نعم لا بد من رعاية تعبير الشارع عن المعاملة بلفظ خاص أو ألفاظ مخصوصة، بأن ينشأ تلك المعاملة، بذلك اللفظ، أو بتلك الألفاظ أو مـا يرادفهـا لغـة أو عرفـا فـان تعبير الشـارع عنها بتلك الألفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المـدلول المنشأ بها، و إذا كان الإنشاء، بغير تلك الألفاظ و غير مرادفها و قصد المعنى الآخر، كلفظ الهبة بأن يكون قصد المرئة منها فى قولها للرجل وهبتك نفسى معنى التسليط مجانـا، فيحكم بالفسـاد، باعتبـار أنه لم يتحقق إنشـاء النكـاح الـذى رتب الشـرع عليه الآثـار، و ان لم يقصـد باللفـظ الآـخر إلا العنوان المقصود فى الألفاظ الواردة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۰۸

شراه يشريه ملكه بالبيع (۱).

و عنه ايضا كل من ترک (۲).

فى خطاب الشرع، ففساده باعتبار دخول الفرض فى الكناية التى لا اعتبار بها لخروجها عن الدلالة اللفظية.

أقول يلحق بدعوى ان العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال أسـباب شرعية توقيفية، الالتزام برعاية التعبير عنها بالألفاظ الواردة فى خطاب الشـرع أو بمراد فاتهـا من سـائر اللغات و ذلک فان اللازم ان يكون الكلام المسـتعمل دالا على العنوان المترتب عليه الأثر سواء كانت دلالته عليه بنحو تعـدد الـدال و المـدلول أو المجاز أو الكناية و إذا قالت المرأة للرجل وهبتک نفسـى و جعلتها منک منزلة الحواء من آدم كفى و لا يحتاج إلى الإتيان بما هو موضوع لعنوان النكاح لغة أو عرفا أو بما ورد التعبير فى خطاب الشرع.

و ثانيا ان قول المرأة كما ذكر مع قصـدها الزوجيـة يكون من الكناية التى لا تكون خارجة عن الدلالة اللفظية و هو من قبيل التعبير عن الإجارة بيع المنفعـة أو بيع سـكنى الدار كما فى بعض الروايات و المساواة فى الدلالة بين الإجارة و بين البيع المضاف إلى المنفعة فى

الصراحهٔ و عدمها لا تکون دائرهٔ مدار ورود اللفظ و التعبیر فی کلام الشارع و عدم ورودهما کما لا یخفی.
(۱) بالتخفیف یعنی اشتراه و قوله باعه یعنی ملکه بالتشدید و مثل الشراء الاشتراء فی کونه ایضا بمعنی ملکه بالبیع و باعه و قوله فهما یعنی الشراء و الاشتراء ضدان یستعمل کل منهما فی فعل البائع و المشتری و مقتضی ذلک ان یکونا من الألفاظ المشترکهٔ لفظا.
(۲) و ظاهر الحکایهٔ کون لفظ الاشتراء مشترکا معنویا بین فعل البائع و المشتری أقول- یحتمل ان یکون لفظ الشراء ایضا کذلک.
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۹
و ما قیل من ان التملیک یستعمل فی الهبهٔ (۱) إذ إرادهٔ خصوص لفظ شریت من هذا بعید جدا (۲).

[فرع لو أوقعا العقد بألفاظ المشترکهٔ بین الإیجاب و القبول]

فرع لو أوقعا العقد (۳).

---

(۱) و لعل القائل أراد ان لفظ التملیک معناه الحقیقی هی الهبهٔ فیکون استعماله فی البیع من إنشائه بالمجاز أو بما لا ظهور له فی البیع و الجواب ان التملیک مشترک معنی بین البیع و غیره فان کان فی البین ذکر العوض للمال الذی تعلق به التملیک بحیث کانت المعاوضهٔ بین المالین فهو بیع لا غیر و ان لم یذکر العوض للمال المزبور فیکون ظاهرا فی الهبهٔ و فی تملیک المال مجانا سواء کان لنفس التملیک عوض کما فی الهبهٔ المعوضهٔ أو لا و لو قال ملکت هذا بکذا و أراد به الهبهٔ المشروطهٔ أو المصالحهٔ کانت صحتها مبتنیهٔ علی جواز إنشاء العقد بالمجازات حیث ان تملیک العین بالعوض هو البیع لا غیر بخلاف ما إذا قال ملکت هذا علی ان تملکنی کذا فإنه هبهٔ معوضهٔ بلا خلاف حیث ان التملیک الآخر فی الهبهٔ المعوضهٔ عوض عن التملیک الأول.
(۲) لأنه لو کان المراد خصوص لفظ شریت لکان الأنسب ان یقال إیجاب البیع بعت و ملکت و شریت.
(۳) ظاهره انه یثبت البیع و لکن لا یترتب علی کل منهما اثر خصوص عنوان البائع و عنوان المشتری و لکن لیس فی المقام اثر خاص لکل منهما حتی یکون مورد نزاعهما من موارد التحالف.
نعم قد یکون للشراء اثر خاص کما إذا وقع البیع بین الثوب و الحیوان و ادعی من انتقل الیه الحیوان انه کان مشتریا له بالثوب لإنشاء صاحبه إیجاب بیعه بالثوب و ادعی من انتقل الیه الثوب انه اشتری الثوب بالحیوان بإنشاء صاحب
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۰

[بعض ما یعتبر فی لفظ الصیغهٔ]

[اعتبار العربیهٔ فی العقد]

اعتبار العربیهٔ فی العقد للتأسی (۱).
و کذا اللحن فی الاعراب (۲).

الثوب إیجاب البیع، فلیس فی البین خیار حیوان و علی ذلک فیدخل الفرض فی مورد الدعوی و الإنکار حیث ان قول من انتقل الیه الثوب مطابق لأصالهٔ اللزوم و قول صاحبه مخالف له.
(۱) لا یخفی ان البیع و غیره من المعاملات التی وقعت مورد الإمضاء و سائر الأحکام أمور اعتباریهٔ یعرفها أبناء الملل و سائر الأقوام و لیست أمورا توقیفیهٔ لیقع فعل النبی أو الأئمهٔ علیهم السلام مورد التأسی و اختیارهم العربیهٔ فی انشائاتهم باعتبار ان المعاملات کانت

من مراداتهم التی کان تفهیمها و تفهمها فی عرفهم بالعربیة و بالجملة مقتضی إطلاقات المعاملات و عموماتها عدم اعتبار شیء من العربیة و الماضویة أو تقدیم القبول و غیر ذلک مما لا دخل له عند العقلاء فی صدق العقد و عنوان المعاملة من البیع و الإجارة و النکاح و غیر ذلک و اما ما قیل من عدم صحة البیع بغیر الماضی من العربی یستلزم عدم صحته بغیر العربی بطرق اولی فلا یخفی ما فیه لأن إنشاء البیع و غیره بغیر الماضی صحیح و صحته بغیره ایضا مقتضی الإطلاق و العموم و ثانیا ما الوجه فی کون العربی غیر الماضی أولی من غیر العربی و مثل ذلک دعوی عدم صدق العقد علی غیر العربی مع التمکن علی العربی.

(۲) إذا کان اللفظ ظاهرا فی المعاملة المقصودة فی عرف المتکلم سواء کان مع اللحن فی الاعراب أو المادة أم لا بحیث یصدق معه فی عرفه انه باع أو تزوج أو غیر ذلک کفی فی شمول الإطلاق أو العموم و علی ذلک فما هو المتعارف عند أهل القری و البوادی من تبدیل حرف الی آخر فی مقام التلفظ فیقولون بدل زوجتک جوز تک کفی فی إنشاء المعاملة و لا یکون اللحن فی الإیجاب أو القبول مع صدق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۱

[تقدیم الإیجاب علی القبول]

قوله ره مثل خبر ابان بن تغلب (۱) و التحقیق ان القبول اما ان یکون بلفظ قبلت (۲)

عنوان المعاملة مانعا عن صحتها.

نعم فیما إذا اعتبرت صیغة خاصة کالطلاق فاللحن فی المادة یوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلک الصیغة مع اللحن.

(۱) و فی سنده إبراهیم بن فضل قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام کیف أقول إذا خلوت بها قال تقول أتزوجک متعة علی کتاب اللّه و سنة نبیه لا وارثة و لا موروثة کذا و کذا یوما و تسمی الأجر فإذا قالت نعم فقد رضیت و هی امرأتک و أنت أولی الناس بها «۱» و لکن ذکرنا فی باب النکاح جواز إیجاب النکاح من کل من الرجل و المرأة فان کلا منهما یخرج به عن الفرد الی الزوج و علیه فقول الرجل للمرأة بما ذکر إنشاء للزواج و إظهار المرأة رضاها قبول من غیر ان یکون من قبیل تقدیم القبول علی الإیجاب.

نعم روایة سهل الساعدی من قبیل الاستیجاب و الإیجاب و لکن فی جعل الاستیجاب قبولا فی القضیة المزبورة کلام یأتی الإشارة الیه.

و الحاصل قد یکون المعاملة بنحو لا یمتاز فیها فعل أحد المتعاملین عن الآخر کما فی المصالحة حیث انها التسالم الإنشائی علی أمر من المتصالحین و فی مثل ذلک یصح لکل منهما إنشاء المعاملة و إیجابها أولا و قد یکون فعل أحدهما ممتازا عن الآخر کما فی الإجارة حیث ان فعل الموجر تملیک المنفعة بالعوض و هذا لا یصح إنشائه من المستأجر إلا وکالة أو فضولا و النکاح من قبیل الأول و البیع من قبیل الثانی و علیه فقول الرجل للمرأة أتزوجک إنشاء نکاح لا قبول مقدم.

(۲) تعرض (ره) فی المقام لتقدیم قبول البیع علی إیجابه أولا

---

(۱) وسائل باب (۱۸) من أبواب النکاح المتعة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۲

....

و لتقدیم قبول سائر العقود علی ایجاباتها ثانیا و ملخص ما ذکر ره فی تقدیم القبول انه لا یجوز تقدیمه علی إیجابه فیما إذا کان بلفظ قبلت أو رضیت أو بنحو الأمر و الاستیجاب و لکن لا بأس بالتقدیم فیما إذا کان بلفظ ملکت بالتخفیف أو اشتریت أو اتبعت و نحوها

و الوجه فی ذلک انه یعتبر اشتمال قبول البیع علی أمرین أحدهما الرضا بإیجاب البائع و الثانی تملیک المشتری ماله من البائع عوضا عن المبیع بمعنی إنشاء ملکیته مال البائع لنفسه جاعلا ماله عوضا عن المبیع.

و ان شئت قلت یکون إدخال المشتری مال البائع فی ملکه أولا کما هو مدلول اشتریت و إخراج ماله عوضا ثانیا کما هو مدلول قوله بکذا و هذا عکس إنشاء البائع فإنه یکون إخراج ماله أولا کما هو مدلول قوله بعت و إدخال مال المشتری عوضا ثانیا کما هو مدلول قوله بکذا ثم ان القبول بلفظ قبلت أو رضیت مع تأخیره عن الإیجاب یدل علی الرضا بالإیجاب و علی الإنشاء المزبور و لو بالالتزام و اما مع تقدیمه علی الإیجاب فلا دلالة له الا علی الرضا بما یفعله البائع فی المستقبل و اما الإنشاء فعلا بأن ینشأ المشتری ملکیة مال البائع لنفسه فعلا جاعلا ماله عوضا عنه فلا دلالة له علی ذلک حتی بالالتزام.

نعم إذا کان القبول بلفظ اشتریت و اتبعت و ملکت و نحوها فمع تقدیمها ایضا یتحقق کلا الأمرین فإن القبول مع الألفاظ المزبورة ظاهر فی الرضا بالإیجاب و فی ان القابل قد أنشأ ملکیة مال صاحبه لنفسه فعلا جاعلا ماله عوضا عنه و الحاصل یکون مدلول مثل لفظ اشتریت حتی مع تقدیمه علی الإیجاب قبولا و لیس المراد ان اشتریت متضمن لمعنی المطاوعة التی هی ملاک تحقق القبول حقیقة و المراد بالمطاوعة ان ینشأ الإنسان التزامه بما حصل من إیجاب الغیر المعبر عن ذلک بقبول

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۳

....

الأثر و اشتریت أو نحوه من الألفاظ لا یتضمن هذه المطاوعة إلا مع تأخیره عن الإیجاب و لذا یقال الأصل فی القبول لفظ قبلت و غیره بدل بل المراد انه لا دلیل علی اعتبار المطاوعة فی تحقق قبول البیع فان المعتبر فی صدق الشراء إنشاء الملکیة علی ما تقدم مع إظهار الرضا بالإیجاب فتکون النتیجة جواز تقدیم القبول بمثل اشتریت.

و مما ذکر ظهر عدم جواز تقدیم القبول بالاستیجاب و الأمر بل لا بد من قبول البیع بعد تحقق الإیجاب حیث ان الأمر و الاستیجاب یدلان علی الرضا ببیع البائع و اما إنشاء الملکیة فهو خارج عن مدلولها و الاستدلال علی جواز قبول البیع بهما بفحوی ما ورد فی النکاح من روایة السهل الساعدی و خبر ابان بن تغلب ضعیف لان جواز التقدیم فی الأصل یعنی النکاح غیر ثابت حیث ان روایة سهل لا دلالة لها علی اکتفاء السهل فی قبول النکاح باستیجابه السابق بل من المحتمل انه قد قبل الإیجاب بعد قول رسول اللّه (ص) زوجتکها بما تحسن من القرآن فعلمها إیاه.

و یؤید هذا الاحتمال وقوع الفصل الطویل بین الاستیجاب و الإیجاب بما جری بینه و بین رسول اللّه (ص) من أخذ ورد و خبر ابان قاصر الدلالة علی جواز التقدیم من حیث دلالته علی جواز إیجاب النکاح بقول المرأة نعم مع ان المعروف بینهم من ألفاظ النکاح أنکحت و زوجت و متعت.

ثم علی تقدیر ثبوت الجواز فی الأصل یعنی النکاح یکون التعدی إلی البیع بالأولویة ممنوعا فإنه یمکن ان یکون تجویز قبول النکاح بالاستیجاب للتوسعة فإن الإیجاب فیه یکون من المرأة و ربما حیائها یمنعها عن البدء بالإیجاب أو لا فشرع فیه تقدیم القبول بالأمر و الاستیجاب و لذا بعض العامة مع تجویزهم ذلک فی النکاح منعوه فی البیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۴

فکل من رضیت و اشتریت بالنسبة إلی إفادة نقل المال (۱) ثم ان ما ذکرنا جار فی کل قبول (۲)

---

(۱) یعنی لفظ رضیت مع التقدیم لا یدل علی إنشاء الملکیة بل یدل علی المطاوعة أی الرضا بما یفعله البائع و لفظ اشتریت مع التقدیم یدل علی إنشاء الملکیة دون المطاوعة.

أقول: دلالـة لفظ اشتريت على المطاوعـة بمعنى الرضا بفعل البائع متحققـة التزاما حتى فى صورة تقـديمه و انما لا يكون فيه المطاوعة بمعنى إنشـاء الالتزام بقبول الأثر و هـذه المطاوعـة لا تكون فى لفظ رضـيت ايضا مع تقـديمه و لـذا قيل ان القبول حقيقـة لا يمكن ان يتقدم على الإيجاب و يأتى منه (ره) عدم جواز تقديم قبول الرهن على إيجابه لاعتبار المطاوعة فى قبوله.

(٢) و هـذا تعرض لجواز تقـديم القبول على الإيجاب فى سائر العقود و حاصـله انه لو كان القبول المعتبر فى العقـد مثل قبول البيع فى اعتبار دلالته على الرضا بالإيجاب و تضمنه لإنشاء مغاير لإنشاء الموجب كما فى قبول الإجارة بلفظ تملكت المنفعة لجاز فيه التقديم و لو قال المستأجر ملكت أو تملكت المنفعـة الفلانيـة بالأجرة الكذائيـة و قال الموجر بعـد ذلك ملكتها بها و نحو ذلك كفى، و يجوز ايضا تقـديمه على الإيجاب فى كل عقد لا يعتبر فى قبوله الا الرضا بالإيجاب كما فى قبول الرهن و القرض و الهبة و الوكالة و العارية و نحوها الا ان الظاهر عـدم كفايـة القبول فى الرهن و القرض و الهبـة كـذلك بل يعتبر فى قبولها المطاوعة بمعنى إنشاء الالتزام بالأثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان أو الاقتراض أو الاتهاب و قد تقدم آنفا ان تحقق المطاوعة يكون بتأخر القبول فقط.

و الحاصل لا يجوز تقديم القبول فيها كما لا يجوز تقديمه فى العقد الذى لا يختلف فيه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٢، ص: ١١٥

....

إنشاء الموجب و القابل كالمصالحـة التى تتضـمن المعاوضـة بين المالين، فإنه يمكن إنشاء هذه المصالحة من كل منها بقوله صالحت مالى بمالك و حيث ان المصالحة من العقود و لا تكون بإيجابين بل بالإيجاب و القبول فلا بد من صدور القبول من أحدهما و بما ان قبلت أو رضيت مع تقدمها على الإيجاب لا يدلان الا على الرضا بالإيجاب دون إنشاء المعاوضة فلا بد من تأخيرهما عن الإيجاب ليتم دلالتهمـا على الأمرين معا و هـذه بخلاف المصالحـة على ملك المال مجانا أو على الإبراء فإن الإيجاب فيها يكون من مالك المال و المبرء بالكسر.

فقـد تحصل من جميع ما ذكر جواز تقـديم القبول على الإيجاب فى موردين أحـدهما- ما يكون القبول فيه حتى مع تقـديمه دالا على الرضـا بالإيجـاب و على الإنشـاء المغـاير لإنشـاء الموجب الثـانى- مـا لاـ يعتبر فى قبوله إلا الدلالـة على الرضا بالإيجاب و انه لا يجوز تقـديمه فيمـا إذا لم يكن إنشـاء القابـل مغايرا لإنشاء الموجب كالمصالحـة فى المالين كما لا يجوز فى عقـد يكون المعتبر فيه حصول المطاوعة فى قبوله بمعنى إنشاء الالتزام بأثر الإيجاب كما فى الرهن و الهبة و القرض.

هـذا ملخص كلامه (ره) فى المقـام و فيه موارد للنظر منها ما ذكره من اعتبار المطاوعـة بمعنى الانفعال و إنشاء الالتزام بالأثر فى قبول القرض و الهبـة و الرهن فـانى لاـ أظنه ره أو غيره بالالتزام بعـدم كفايـة قبول القابل إذا قال للواهب تملكت مالك مجانا و قال الواهب بعد ذلك وهبتك إياه أو ملكتك إياه و كذا الحال فى القرض بان قال المقترض تملكت منك مائة دينار مع الضـمان و قال المقرض خذها أو قال المرتهن أخذت مالك الفلانى رهنا على دينك و قال الراهن أرهنت و منها ما ذكره (ره) من ان قبلت و رضـيت لا دلالة لهمـا على الإنشـاء مع تقـديمهما على الإيجـاب و الوجه فى النظر انه لو قـال المشترى قبلت هـذا الثوب بـدينارين مثلا و قال البائع بعد ذلك قد بعته بهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٢، ص: ١١٦

و منه الفوريـة فى اسـتتابة المرتد (١) و منه السكوت فى أثنـاء الأذان (٢) و منه تحريم المـأمومين فى الجمعـة (٣) و منه الموالاـة فى التعريف (۴)

فقـد تم البيع لان لكل من قبلت و رضـيت حتى مع تقـديمه على الإيجاب دلالة على الإنشاء المعتبر فى القبول مع ذكر المالين بنحو ما

ذکروا ثالثا لا یبعد ان لا یعتبر فی تحقق عنوان المعاملات إلا إنشاء الرضا بها قبل الإیجاب أو بعده.

و الحاصل ان المعتبر فی حصول عنوان العقد هو إنشاء الرضا بالإیجاب:

و المحصل من جمیع ما ذکرنا ان المتبع فی المعاملات هو الإطلاق أو العموم فی أدلة إمضائها من غیر فرق بین تقدم قبولها علی إیجابها أو تأخره عنه و دعوی الانصراف الی الثانی یدفعها تتبع المعاملات العرفیة و انه لا دخل فی صدق عناوینها کیفیة إنشائها من جهة تقدیم الإیجاب أو تأخره.

(۱) أی من اعتبار الاتصال وجوب الفوریة فی توبة المرتد حیث یجب علیه المبادرة إلیه بعد طلب التوبة منها و قیل علیه الإجابة إلی ثلاثة أیام.

(۲) أی من اعتبار الاتصال السکوت الحاصل فی أثناء الأذان فاللازم أن یکون قلیلا فان کان کثیرا أبطله.

(۳) یعنی من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومین فی صلاة الجمعة قبل رکوع الإمام.

(۴) یعنی من اعتبار الاتصال لزوم الموالاة فی تعریف اللقطة بأن تعرف علی نحو لا ینسی فی کل مرة أنه تکرار للتعریف السابق.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۷

و ما ذکره حسن لو کان حکم الملک و اللزوم (۱) سائر الأمور المرتبطة بالکلام لفظا (۲) و غایة ما یمکن فی توجیهه (۳)

---

(۱) أقول لا فرق بین عنوان العقد و عنوانی البیع و التجارة و غیرهما فان المعاملات مرکبات اعتباریة لها صور اتصالیة عند العقلاء فان لم یصدق عنوان العقد مع الفصل الطویل لا یصدق عنوان البیع ایضا.

هذا أولا-و ثانیا ان الموالاة بالمعنی المزبور لا-اعتبار بها حتی فی صدق عنوان العقد بل لو کان الإیجاب السابق بحیث له بقاء فی الاعتبار یتم مع قبوله عنوان العقد و یظهر ذلک بملاحظة المعاملات الجاریة بین العقلاء من الأقوام و الملل بالکتابة و المخابرة أو حتی بإیصال المال فإن إیصال المال بقصد تملیکه بالعوض إلی الآخر فی بلد آخر إیجاب و لیس الإیجاب هو الإیصال إلی زمان الوصول کما ذکر النائینی (ره) و ادعی ان الإیجاب هو أمر واحد مستمر الی حین القبض الذی یعتبر قبولا و ذلک فإن الإیصال بحدوثه بقصد التملیک بالعوض إیجاب و قبض الآخر قبول و یشهد لذلک مراجعة بناء العقلاء نعم رد الإیجاب و إلغائه یجعله فی اعتبار العقلاء بحیث لا یلتئم مع القبول بعد ذلک.

(۲) کما إذا کان به تمام اللفظ کالأعراب و مدخول الاعراب و مدخول الحروف و نحوها و الارتباط بالکلام معنی کونه من متممات المعنی کالظرف فی الکلام أو سائر العقود.

(۳) ظاهر الروایات هو استتابة المرتد إلی ثلاثة أیام فإن تاب الی تمامها فهو و الا یقتل و الحاصل ان التوبة و ان تکون واجبة بعد الاستتابة الا انه لا باعتبار الموالاة بینها و بین التوبة بل باعتبار ان الإسلام فی کل زمان مطلوب حتی حال الاستتابة و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۸

و لعل هذا موهن آخر (۱)

قبلها کما لا یخفی، و کذلک یجب علی المأمومین فی صلاة الجمعة التکبیرة قبل رکوع الامام لا لاعتبار الموالاة بینها و بین تکبیرة الإمام بل باعتبار انه لا یکون إدراک الصلاة إلا بذلک و لذا لو کبر الامام و المأمومین دفعة واحدة کفی.

(۱) الموهن الأول ما تقدم آنفا من انه لا دلالة فیها علی اقتصار الرجل فی قبوله النکاح باستدعائه و وجه عدم الدلالة عدم ورودها فی مقام بیان کیفیة عقد النکاح بل حکایة قضیة شخصیة لبیان جواز جعل تعلیم القرآن مهرا.

و الموهن الثانی لزوم الفصل الطویل بین الإیجاب و القبول.

و لکن لاـ یخفی مـا فیه فـان قبول الإیجـاب لیس اسـتدعائه الأول لیقال بتخلل الفصل الطویل بینه و بین إیجاب النکاح بل انه قـد کرر استدعاء بعد نداء رسول اللّه (ص) ثانیا و ثالثا و قد سئله رسول اللّه (ص) فی الثالثهٔ عن عرفانه القراءهٔ فی الفحص عما عنده مما یمکن جعله مهرا فأجـاب الرجـل بنعم الـذی یمکن جعله فی أمثـال المقـام قبولا من غیر تخلل بین الإیجاب و القبول بالأجنبی أو غیره و علی تقدیر کون القبول هو استدعائه الأخیر فلا فصل بین الإیجاب و القبول بالأجنبی الطویل فلاحظ الحدیث «۱».

و ذکر النـائینی (ره) وجهـا آخر لاعتبـار الموالاـهٔ بین إیجـاب العقـد و قبوله و هو ان العقـد فی حقیقته خلع و لبس و ان الموجب کأنه یخلع ثوب سلطانه علی المـال مثلاـ و یلبسه القابل و مع تحقق الفصل یتحقق الخلع دون اللبس: و فیه ان العقـد لیس بـذلک و الشاهد ملاحظهٔ العقود حتی التملیکیـهٔ کبیع الکلی بالذمـهٔ فضـلا عن مثل عقد النکاح أو المضاربهٔ و الوکالهٔ و نحوها و ثانیا علی تقدیر کون العقد فی حقیقته ما ذکر فیکفی فی تحقق اللبس بقاء الخلع و عدم إلغائه و مع حصول اللبس

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۵) الباب (۳) من المهور

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۹

[التنجیز فی العقد]

بان لا یکون معلقا علی شیء بأداهٔ الشرط (۱)

فی أی زمان یتحقق المجموع.

و الحاصل یعتبر فی حصول القبول بقاء الإیجاب و عـدم الغایـهٔ فی اعتبار العقلاء الی حصول القبول و علیه فإذا شک فی بقائه و عدمه فی اعتبـارهم یحکم بالبطلان لان التمسک فیه بعموم الوفاء بالعقـد بل بإطلاق حل البیع و نحوه کما ذکر یکون من التمسک بالعام أو المطلق فی الشبههٔ فی المصداق.

(۱) المراد بالتعلیق ان یکون مفاد العقـد مساویا للقضـیهٔ الشـرطیهٔ التی یجعل فیها المنشأ جزاء و المعلق علیه لـذلک المنشأ شـرطا سواء کان فی البین تصریح بتلک القضیهٔ الشرطیهٔ کقوله إذا کان یوم الجمعهٔ فأنت وکیلی فی بیع داری أم لا کقوله أنت وکیلی یوم الجمعهٔ فی بیع داری فـإن یوم الجمعـهٔ بحسب الظهور العرفی قیـد لنفس الوکالـهٔ المنشأهٔ و بـذلک یفترق عن قوله أنت وکیلی و لا تبع الا یوم الجمعـهٔ فـإن یوم الجمعـهٔ فی هـذا بحسب الظهور قیـد لمتعلق الوکالـهٔ یعنی بیع الـدار لاـ لنفس الوکالـهٔ فیکون الفرق بینه و بین سابقه کالفرق بین الواجب المشـروط و المعلق فالقیـد فی الأول نظیر ما فی الواجب المشـروط قید لمضـمون الجزاء یعنی الحکم و فی الثانی قید للمتعلق.

و لا یخفی ان الشـرط فی المعاملات المحکوم بجوازه لیس بمعنی تعلیق العقد علیه بل هو إلزام و التزام آخر زائد علی أصل العقد فلا یکون مثل قوله بعت هـذا بکـذا علی ان تخیط لی هـذا الثوب بمعنی تعلیق البیع المزبور علی الخیاطهٔ بل شـرطها التزام الطرف بخیاطته زائدا علی أصل البیع و توضیحه موکول الی باب الشروط.

و کیف کان فقـد یظهر من العلامـهٔ و الشـهید قدس سرهما ان الوجه فی اشتراط التنجیز فی العقود و کون التعلیق فیها مبطلا هو اعتبار الجزم فیها و معناه مقابل التردد بان یکون العاقد. عالما بحصول المنشأ فی نظره و إذا قال ان جاء ولدی من سفره

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۰

ان قلت فعلی هذا یبطل قوله فی صورهٔ إنکار التوکیل (۱) هذا تعلیق علی واقع إلخ (۲)

هذا الیوم فقد بعتک هذا المال بکذا فلو سئل القائل المزبور عن حصول الملکیة للطرف فی نظره و بحسب إنشاءه فیجیب بلا أدری و هذا التردد مانع عن صحة العقد.

و لا_ یخفی انه لو کان وجه الاعتبار ما ذکر فلازمه عدم البأس بالتعلیق فیما إذا کان المعلق علیه وصفا الی ما یکون حصوله و لو فی المستقبل محرزا إذا مع الإحراز لا یکون للعاقد تردید و اعتذار الشهید ره بأن العبرة فی فساد العقد بجنس الشرط حیث ان جنس الشرط فی معرض عدم الحصول و لا عبرة ببعض أنواعه کما تری.

(۱) یعنی لازم ما ذکر من اعتبار الجزم و عدم جواز التعلیق ان لا یصح قول البائع للمشتری ان کان المتاع لی فقد بعت بکذا کما إذا اشتری المشتری المزبور المتاع من قبل بثمن بذمته و ادعی علی الآخر انه اشتراه له وکالة فالمتاع له و الثمن علی عهدته فأنکر الآخر الوکالة و قال للوکیل المزبور ان کان المتاع لی فقد بعتک بمثل الثمن المزبور حیث ذکر جماعة ان بیع الموکل المزبور بهذا النحو طریق الاحتیاط لیکون المال ملکا واقعیا للوکیل المزبور، فیثبت الثمن بذمته و کذا فیما إذا زوجه شخص امراة بدعوی الوکالة منه فأنکر الزوج الوکالة أو ادعت المرأة انها زوجة له فأنکر الزوج فان طریق الاحتیاط فی أمثال المقام علی ما ذکروا هو الطلاق بقوله ان کان زوجتی فهی طالق.

و علی ما ذکر من اعتبار الجزم لا یصح هذا الاحتیاط.

(۲) و بعبارة أخری التعلیق انما یکون مانعا فیما إذا أمکن إطلاق العقد و تنجیزه و اما إذا کان بحیث لا یمکن جعله منجزا مع دخالة المعلق علیه فی ذلک و

و تفصیل الکلام ان المعلق علیه (۱)

عدم تمامیته بدونه فلا بأس بالتعلیق علیه.

لا یقال علی ذلک فیصح ان ملکت المال الفلانی فقد بعته منک بکذا أو ان تزوجت بالمرأة الفلانیة فهی طالق.

فإنه یقال هذا غیر صحیح لعدم الاضطرار إلی إنشاء البیع قبل تملک المال أو الطلاق قبل التزویج هذا مع النص الوارد فی عدم الطلاق قبل الزواج و عدم البیع الا بعد الملک و هکذا.

(۱) ذکر (ره) للتعلیق صورا ثمانیة فإن المعلق علیه اما ان یکون امرا حالیا أو استقبالیا و کل منهما اما محرز حصوله أو محتمل و کل من هذه الأربعة اما ان یتوقف صحة العقد و تمامیة علی حصوله أو لا و یستفاد من کلامه (ره) الحکم بالصحة.

فی خمس صور منها و البطلان فی ثلث فإنه ان کان المعلق علیه امرا حالیا محرزا حصوله فلا_ بأس بالتعلیق علیه سواء کانت صحة العقد موقوفة علی حصوله أم لا بل لا تعلیق حقیقة مع إحراز حصول المعلق علیه عند الإنشاء و إذا کان المعلق علیه امرا استقبالیا محرزا حصوله فان کان حصوله الاستقبالی دخیلا فی صحة العقد و تمامیته کقبض الثمن فی المجلس فی بیع السلم فلا بأس به کما تقدم عن الشهید و یأتی فی فحوی کلام الشیخ من المبسوط فی مسألة ان کان لی فقد بعته.

و ان لم یکن الأمر الاستقبالی المحرز حصوله دخیلا_ فی صحة العقد و یعبر عنه بالوصف فالتعلیق علیه مبطل بالإجماع و ان کان المعلق علیه مشکوک الحصول و لم تکن صحة العقد موقوفة علیه فالتعلیق علیه مبطل سواء کان امرا حالیا أو استقبالیا بل هذا هو المتیقن من صور التعلیق المبطل و ان کان المشکوک حصوله مما یتوقف علیه صحة العقد امرا حالیا أو استقبالیا فالظاهر من کلام الشیخ (ره) فی مسألة ان کان لی فقد بعته عدم البأس به فهذه هی الصور الثمانیة.

و التقدیر ان مات مورثی (۱) لأنه انما یصح بیع هذه الجاریة من الموکل (۲) و هذا لوجه و ان لم ینهض لدفع محذور التعلیق (۳)

(۱) لیس المراد ان مات مورثی مستقبلا لیکون من قبیل ان تملکت المال الفلانی فقد بعته منک بکذا أولوا زوجت فلانة فهی طالق بل المراد ان کان مورثی میتا بالفعل فقد بعت المال و هذا من التعلیق الذی ذکر الشهید (ره) عدم البأس به باعتبار توقف صحة العقد علیه و سیأتی جوازه فی کلام الشیخ (ره) أیضا فی مسألة ان کان لی فقد بعته، و لا یخفی ان هذا التعلیق انما یتصور فیما إذا لم یقع البیع من الوارث بعنوان الفضولی أو نظیر بیع الغاصب حیث یری نفسه فی بنائه مالکا و الا ـ لم یکن فی البیع تعلیق معنی کما انه لا تعلیق فیه لفظا.

(۲) فرض المسألة ما إذا اشتری جاریة بمال علی الذمة و ادعی علی آخر انه کان وکیلا عنه فی شرائها فالجاریة له و الثمن علی عهدته فأنکر الآخر الوکالة و قال لمدعیها ان کانت الجاریة لی فقد بعتها منک بمثل الثمن المزبور فهذا التعلیق لا بأس به لأنه انما یصح بیع ذلک الآخر تلک الجاریة من الوکیل علی تقدیر کونه مالکا لها بان کان قد اذن للوکیل المزبور فی الشراء له و هو فرض صحة دعوی الوکالة.

(۳) و بتعبیر آخر مدلول عقد البیع مثلا جعل ملکیة البیع للمشتری بإزاء الثمن و هذا المدلول کما لا یکون معلقا علی تسلیم الثمن أو المثمن کذلک لا ـ یکون معلقا علی کون البائع مالکا بل حکم الشارع بالملکیة و إمضائه المزبور معلق علی ذلک و هذا الإمضاء و الحکم بالملکیة أمر خارج عن فعل العاقد و مترتب علیه ترتب الحکم علی موضوعه فیکون النتیجة أن مدلول العقد لا یکون فیه تعلیق واقعا و ما فیه التعلیق لیس من کلام المتکلم أصلا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۳

و العمدة فی المسألة هو الإجماع (۱) و ربما یتوهم ان الوجه فی اعتبار التنجیز (۲) و ما قیل من ان ظاهر (۳)

---

(۱) إحراز کون الإجماع تعبدیا لا مدرکیا مشکل جدا فان مع ذکر الوجوه المذکورة فی عدم جواز التعلیق و عدم تمامیتها عندنا لا یمکن الاطمئنان بان المدرک لاتفاقهم کان امرا آخر لم یصل إلینا و لو وصل لکان تاما عندنا ایضا و لکن یمکن دعوی انصراف أدلة المعاملات عن التعلیق فی الصور الثلث المتقدمة فالحکم فیها بالبطلان لقصور دلیل الإمضاء لا لمانع خارجی و لذا لا یصح البیع بتملیک الشیء للآخر مستقبلا حتی فیما کان الجعل بنحو الواجب المعلق حیث ان تملیک العین موقتا غیر معهود عند العقلاء بخلاف تملیک المنفعة کما لا یخفی مع انه لا یبعد ان یکون تعلیق البیع علی مثل مجیء الولد حالا أو استقبالا موجبا لکون البیع غرریا و لکن هذا لا یجری فی جمیع العقود فضلا عن الإیقاعات.

(۲) ربما یستدل علی بطلان التعلیق فی العقود بما اشتهر بان الإنشاء غیر قابل للتعلیق و أجاب المصنف (ره) بما حاصله انه ان أرید بالإنشاء نفس الاعتبار و الجعل الذی یکون مدلول الهیئة فی قول البائع بعت أو ملکت المال بکذا فإنه و ان لا یتصور التعلیق فیه بان لا یکون للقول المزبور مدلول الأعلی تقدیر حصول المعلق علیه و لکن لا کلام فی المقام فی التعلیق المزبور بل الکلام فی تعلیق المعتبر و المنشأ أی الملکیة فی المثال بان یکون المجعول الملکیة علی تقدیر و هذا واقع عند العرف و العقلاء فیقع البحث فی وجه عدم جوازه و کونه موجبا لبطلان العقد.

(۳) یعنی ان یکون العقد بحیث یترتب علیه وجوب الوفاء بعد تمامیته و إذا کان فی البین تعلیق، یتخلل بین العقد و وجوب الوفاء به، انتظار حصول المعلق علیه و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۴

....

أجاب (ره) عن ذلک بوجوه: أولا- عدم انحصار دلیل صحة البیع مثلا بآیة وجوب الوفاء بالعقود حتی لا یمکن التمسک بها فی صورة تعلیق العقد بل یمکن الأخذ فی الحکم بصحة البیع علی وجه التعلیق بآیة أحل اللّه البیع أو حدیث الناس مسلطون علی أموالهم. لا- یقال کما أن ما دل علی ترتب وجوب الوفاء علی العقد مقتضاه عدم التخلل بین العقد و وجوب الوفاء به کذلک آیة حل البیع مقتضاها عدم الفصل بین البیع و حلیته و نفوذه و کذا الأمر فی حدیث السلطنة.

فإنه یقال الظاهر من البیع معناه الاسم المصدری کما ذکرنا سابقا و معناه کذلک لا یتم الا بعد حصول المعلق علیه فلا یتخلل بین تمام المعنی الاسم المصدری و نفوذه فصل هذا علی تقدیر کون المراد من الحلیة الوضع و علی تقدیر کونها تکلیفا فالأمر أوضح فان الحلیة التکلیفیة ترخیص فی إیجاد البیع أو فی التصرفات المترتبة علیه فتکون ثابتة للبیع قبل إنشائه لا ثابتة له علی تقدیر إنشائه کما فی دلیل وجوب الوفاء بالعقد حیث آیة وجوب الوفاء بالعقد لا یقتضی وجوب نفس البیع و العقد بل مقتضاه وجوب الوفاء به علی تقدیر حصوله بخلاف أحل اللّه البیع فإنها ترخیص فی نفس البیع و فی التصرفات المترتبة علیه.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی حدیث السلطنة، نعم ذکرنا سابقا أنه لا یمکن التمسک بحدیث السلطنة إلا فی مورد الشک فی ولایة المالک علی التصرف المشروع فی نفسه لا فی مورد الشک فی مشروعیة نفس التصرف کما فی المقام لان الکلام فی مشروعیة تعلیق العقد و عدمها.

و ثانیا بان المستفاد من آیة وجوب الوفاء هو الالتزام بمدلول العقد عملا فان کان مدلوله الملک المطلق فیکون الوفاء به هو الالتزام بالملک مطلقا و ان کان معلقا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۵

نعم ربما یشکل الأمر فی فقد الشروط المقومة (۱)

فیکون الوفاء به بالالتزام بالملک موقوفا.

و بالجملة فلزوم الوفاء بالعقد نظیر وجوب الوفاء بالعهد الذی یکون مطلقا و معلقا.

و أجاب ثالثا بان تخلف وجوب الوفاء عن تمام العقد قد وقع فی موارد کالوقف و الهبة فإن الملکیة فیهما مشروط بحصول القبض بل کالبیع فی الصرف و السلم قبل حصول القبض فی المجلس و کالبیع فی مورد ثبوت خیار المجلس فلیکن مورد التعلیق منها.

و رابعا ان الدلیل المزبور لا یمنع عن تعلیق الإیجاب بحصول القبول بعده لان مع هذا التعلیق لا یلزم تخلل الفصل بین تمام العقد و وجوب الوفاء به حیث ان القبول جزء العقد لا أمر خارج عنه.

و خامسا بان الدلیل المزبور لا- یجری فی موارد التعلیق علی أمر حالی لم یحرز حصوله فإنه لو کان حصول للمعلق علیه فی هذه الموارد فبتمام العقد یترتب علیه وجوب الوفاء به و بتعبیر آخر یکون وجوب الوفاء فی تلک الموارد مراعی بانکشاف الحال لا موقوفا علی حصول أمر بعد ذلک.

و سادسا بان الدلیل المزبور لا- یجری فی الموارد التی ثبت فیها عدم ترتب الوفاء علی العقد کالوصیة التملیکیة فإن الملک فیها للموصی له یحصل بعد موت الموصی فلا مانع فی تعلیق الوصیة علی أمر آخر ایضا غیر موت الموصی.

(۱) یعنی ما یکون معتبرا فی صحة العقد شرعا کملکیة المبیع للبائع فإنها شرط فی انتقاله إلی المشتری فالعلم بانتفاء ذلک فضلا عن التردد فیه لا یکون موجبا لانتفاء قصد الإنشاء أو التعلیق فی العقد و ما یکون- دخیلا فی تحقق عنوان المعاملة حتی مع الإغماض عن حکم الشارع بصحتها بحیث لا یکون للعنوان المزبور تحقق عند

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۶

الظاهر الفرق بین مثال الطلاق و طرفیه (۱)

العرف بلا- حصوله کما فی الزوجیة بالإضافة إلی الطلاق فإنه لا یکون لعنوان الطلاق خارجیة إلا فی مورد ثبوت علقة الزوجیة و کالعتق فإنه لا یتحقق إلا فی مورد الرقیة- ففی مثل ذلک لا یمکن الإنشاء یعنی قصد الطلاق أو العتق مثلا بدون إحراز الزوجیة أو الرقیة الأعلی وجه التقدیر و التعلیق و لو قیل بعدم جواز التعلیق حتی فی مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق أو العتق منجزا.

و لکن یظهر من الشهید (ره) فی القواعد ان العقد حتی بصورة التنجیز مع عدم الجزم باطل و قد ذکر انه لو تزوج بامرأة یشک فی کونها محرمة علیه فظهر حلها فالنکاح باطل لعدم الجزم حال العقد ثم أردف علی ذلک الإیقاعات کما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاک فی زوجیتها أو ولی نائب الإمام قاضیا لا یعلم أهلیته فظهر أهلا فلا یثبت الطلاق أو الولایة علی القضاء باعتبار عدم الجزم بهما حال إیقاعها.

و هذا بخلاف مسألة بیع الوارث المال لظن حیاة مورثه فإنه صحیح فیما لو ظهر موت المورث و ذلک فان قصد التملیک من الوارث حاصل جزما کان هو المالک أو مورثه غایة الأمر یکون التملیک فی الثانی فضولیا و تکون صحته فعلا علی تقدیر موت المورث و نظیر هذا البیع تزویج أمة أبیه من آخر فظهر موت أبیه حال تزویجها فان القصد و الجزم بالنکاح حاصل غایة الأمر یکون النکاح علی تقدیر حیاة أبیه فضولیا.

(۱) المراد من طرفی الطلاق تزویج امراة یشک فی أنها محرمة علیه فبان حلها و تولیة نائب الإمام علیه السّلام قاضیا لا یعلم أهلیته للقضاء فبان أهلا و الوجه فی الفرق بینهما و بین الطلاق ان عنوان الطلاق لا یحصل الا مع الزوجیة کما مر بخلاف النکاح فان عدم کون المرأة محرمة علیه شرط شرعی فی النکاح کما ان عدالة القاضی مثلا شرط شرعی لتولی منصب القضاء فیمکن إنشائهما مع الجزم و بلا تعلیق.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۷

[اعتبار التطابق بین الإیجاب و القبول]

اشارة

فلو اختلفا فی المضمون بأن أوجب البیع علی وجه خاص (۱)

(أقول) بل لا- فرق بینهما و بین بیع مال مورثه لظنه حیاته فبان میتا و حکم الشهید (ره) ببطلانهما و بصحة بیع مال المورث لا یمکن المساعدة علیه.

(۱) اختلاف الإیجاب و القبول فی المضمون اما بالاختلاف فی المالک کما إذا قال البائع بعتک هذا المال بکذا و قال غیر المخاطب قبلت و اما بالاختلاف فی العوضین کما إذا قال بعتک هذا المال بدینار فقال قبلت بعشرة دراهم و اما بالاختلاف فی الشرط فی المعاملة کما إذا قال بعتک هذا بکذا علی ان تخیط لی هذا الثوب فقال قبلت بلا شرط و الاختلاف فی کل مورد من الموارد الثلاثة موجب لعدم حصول عنوان البیع و المعاهدة فما ذکر من اعتبار التطابق بین الإیجاب و القبول لا یکون لدلیل خارج عن عموم الوفاء بالعقد و إطلاق حل البیع کما لا یخفی.

نعم بما أن معاملة الوکیل منسوبة إلی موکله فاختلاف الإیجاب و القبول بخطاب الوکیل و الموکل لا یضر کما إذا قال خطابا للوکیل بما هو وکیل بعتک هذا المال بکذا و قال قبلت لموکلی أو قال للموکل بعتک هذا المال بکذا و قال وکیله قبلت نعم إذا قال قبلت

لنفسی لم یصح لان مع کون الثمن کلیا کما هو المفروض یختلف الأغراض و ربما یرضی مالک المبیع بتملک عوض ماله بذمة شخص و یقدم علی المعاملة معه و لا یرضی بتملکه علی عهدة الآخر و علی ذلک فلا یکون تملیک ماله لأحد بإزاء مال بذمته و قبول شخص آخر بمثل ذلک العوض بیعا.

نعم إذا کان العوضان عینین خارجیین فالمبادلة بینهما مقتضاها دخول إحداهما فی ملک من تخرج عن ملکه الأخری فلا یضر الخطاء فی تشخیص مالکهما بان قال لأحد بعتک هذا المال بذلک زاعما انه مالک العوض قال مالکه الأصلی قبلت فلا یضر الخطاء المزبور بتمام المعاملة و صدق البیع.

و مما ذکرنا فی المقام یظهر انه لو قال بعت هذا المال بکذا بشرط ان ترتکب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۸

....

الحرام الفلانی قال المشتری قبلت بلا شرط فلا یصح البیع نعم إذا تم البیع بإنشائه الرضا بالإیجاب المزبور یکون الشرط المزبور ملغی حیث انه لا یجب الوفاء و لا یجوز الحرام باشتراطه فی المعاملة.

و ذکر السید النحوئی طال بقاه ان أصل الشرط خارج عن أصل المعاملة و لو قال بعتک هذا المال بکذا بشرط ان تخیط لی الثوب و قال المشتری قبلت بلا شرط تم الالتزام البیعی فیصح البیع فیما إذا رفع البائع یده عن شرطه و فیه ان البائع لو مات قبل إلغاء شرطه أو إقراره فلازم ما ذکر من خروج الشرط عن أصل المعاملة هو الحکم بدخول المبیع فی ملک المشتری غایة الأمر یقوم ورثة البائع مقامه فی فسخ المعاملة أو إلغاء الشرط و لا أظن الالتزام منه أو من غیره بذلک.

و ذلک فان اشتراط البائع الخیاطة علی المشتری معناه تعلیق إیجاب البیع علی التزام المشتری بحال العقد بخیاطته الثوب المزبور و لیس المراد ان الخیاطة خارجا هی المعلق علیه فی إیجاب البائع لیکون اشتراطها من تعلیق العقد الموجب لبطلانه بل المراد ان المعلق علیه لإیجاب البائع هو الالتزام الخارجی حال العقد بخیاطة الثوب و لذا ربما یصرح البائع بأنک ان لم تلتزم بالخیاطة فلا أبیعک المال نعم الخیاطة خارجا وفاء بالمعاملة المزبورة و إذا لم تتحقق هذا الوفاء من المشتری لا یحب الوفاء علی البائع أیضا لکون وجوبه حقا و یثبت له خیار الفسخ و التفصیل فی باب الشروط إنشاء اللّه تعالی.

و علی ذلک فلو قال البائع بعتک هذا المال علی ان تخیط لی هذا لثوب فقال قبلت بلا شرط لم یتم البیع باعتبار ان إنشاء ملکیة المبیع معلق علی أمر لم یحصل بالقبول المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۹

و لو قال لاثنین بعتکما العبد بکذا (۱)

---

(۱) و لو قال لاثنین بعتکما هذه العین بألف و قبل أحدهما بیع نصفها بخمسمائة و لم یقبل الآخر بیع النصف الآخر یکون البیع فی النصف غیر تام ایضا باعتبار عدم التطابق بین الإیجاب و القبول و نظیر ذلک ما إذا قال لواحد بعتک هذه العین بألف فقال اشتریت نصفها بنصف الثمن و اما لو قبل الآخر أیضا النصف الآخر بخمسمائة فی المثال الأول أو قال المشتری فی المثال الثانی اشتریت کل نصف بخمسمائة فالظاهر تمام البیع و لکنه لا یخلو عن إشکال.

أقول لا إشکال فی الصحة لحصول التطابق بین الإیجاب و القبول بالإضافة إلی جزء المبیع و کله.

نعم الأظهر الحکم بالبطلان فیما لو کان القبول من واحد فی المثال الأول أو قبول النصف فقط فی المثال الثانی و الوجه فی ذلک ان بیع المضاف الی الکل ینحل الی بیع أبعاضه المشاعة من النصف و الثلث و الربع الی غیر ذلک بنسبة ذلک البعض الی الثمن سواء

کان ذلک الکل یعد عرفا واحدا خارجیا أو کان بنظرهم اثنین کما إذا جمع کتابی الرسائل و المکاسب و باعهما صفقة واحدة غایة الأمر یکون فی هذا القسم للبیع انحلال آخر و هو بیع کل من الکتابین بما یخصه من ذلک الثمن و إذا کانت القیمة السوقیة للرسالة ثلث قیمة المکاسب یکون الانحلال الی بیعها بربع الثمن و بیع المکاسب بثلاثة أرباعه.

و ما عن بعض الأعاظم دامت شوکته من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط و لا یجری بالإضافة الی الاجزاء المشاعة للمبیع فضعفه یظهر بالرجوع الی بناء العقلاء فإنه إذا ظهر ثلث الدار المبیعة ملکا لغیر البائع لا یرون فساد البیع رأسا بل فساده بالإضافة إلی ذالک الثلث.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۰

و من جملة الشروط فی العقد ان یقع (۱)

و علی کل فلا ریب فی انحلال البیع بالإضافة الی الاجزاء المشاعة للمبیع غایة الأمر یکون التزام البائع أو المشتری بالوفاء ببیع کل من تلک الاجزاء موقوفا علی تمام البیع بالإضافة إلی سائر الاجزاء و مع تخلفه بالإضافة إلی سائر الأجزاء یثبت للآخر خیار التبعض.

و علی ذلک فإذا قال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن و سکت الآخر فی المثال الأول أو سکت المشتری عن قبول النصف الآخر فی المثال الثانی فهو بمنزلة قبول بیع النصف بلا شرط فلا یکون بین الإیجاب و القبول تطابق بخلاف ما إذا قال ذلک کل منهما أو بالإضافة الی کل نصف کما لا یخفی.

(۱) یعنی ان الأمور المعتبرة فی صحة التخاطب بحیث لا یکون الشخص مع فقدها قابلا له کالحیاة و العقل و عدم الإغماء یجب حصولها لکل من البائع و المشتری من حین الإیجاب إلی تمام القبول و الوجه فی اعتبارها کذلک عدم حصول عنوان التعاقد و التعاهد مع تخلل عدمها فی واحد منهما قبل تمام القبول.

لا یقال کیف یتم عقد الوصیة بقبول الموصی له بعد موت الموصی.

فإنه یقال الوصیة حتی التملیکیة منها لا تکون من العقود بل هی فی حقیقتها إیقاع غایة الأمر صحة الإیصاء و نفوذها مشروط بعدم رد الموصی له ففی أی زمان حصل الرد المستمر یکون کاشفا عن بطلانها و لذا لا یترتب علی فعل الموصی له آثار القبول فیجوز منه القبول بعد الرد و لو مات یقوم مقامه ورثته فی قبولها بخلاف سائر العقود فإنه لا یصح فیها ذلک.

و کذا الحال فی الأمور التی تعتبر فی صحة تصرفات المالک و رضاه کعدم السفه و عدم الحجر بالإفلاس و غیره فإنه لا بد من حصولها لکل واحد من طرفی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۱

....

العقد من حین الإیجاب إلی تمام القبول فإنه مع عدم ذلک لا یتحقق عنوان التعاقد و الأصل فی ذلک یعنی ما یعلم منه اعتبار الرضا کذلک من کل منهما الی تمام القبول انه لو فسخ البائع إیجابه قبل تمام قبول المشتری لغی الإیجاب فإن هذا الفسخ إبراز لعدم رضاه بتمام العقد و لو لم یکن حین قبول القابل رضا الموجب معتبرا بل کان المعتبر رضاه عند الإیجاب فقط لم یکن الفسخ المزبور نافذا.

لا یقال علی ذلک فکیف یصح بیع المکره مع لحوق رضاه به و إذا کان لحوق الرضا کافیا یکون الرضا بعد الإیجاب و عند القبول أولی بالکفایة.

فإنه یقال یمکن القبول بأن کفایة الرضا المزبور فی مورد الإکراه للإجماع انتهی.

أقول الأمور المعتبرة فی المتعاقدین علی نحوین قسم منها ما لا یصدق مع فقده عنوان البیع أو نحوه عرفا بل یصح عند هم ان یقال لا

بیع کالالتفات و القصـد فی کل من المتعاقـدین حال الإنشاء و فی هـذا القسم یعتبر ما هو ملاک الصـدق فلا یضـر عـدم الالتفات من القابل إلی إنشاء الموجب حال إیجابه بل لو علم إیجابه مقارنا لتمامه أو بعده فقال مع عدم فوات الموالاة المعتبرة قبلت یحصل البیع.

و قد ذکرنا سابقا ان إرسال الهدیة مع قصد الملک تملیک و تسلم المهدی الیه قبول و ان لم یعلم بالإرسال عند حدوثه.

و بالجملة المعتبر فی تحقق عنوان البیع حصول هذه الأمور للقابل عند قبوله و لو کان القابل عند إیجاب البائع فی النوم الخفیف مثلا و بعد إیجابه تیقظ و التفت الی الإیجاب بخصوصیاته فقبله تم عنوان البیع و العقد.

و مما ذکرنـا یظهر أن مـا ذکره السـید الیزدی ره من عـدم اعتبـار هـذه الأمور فی الموجب حـال قبول القابـل بل المعتبر حصولها فی الموجب حال إیجابه و فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۲

اردئها أخیرها (۱)

القابـل من حین إیجـاب الموجب لاـ أساس له و کـذا لا یعتبر اسـتمرار هـذه الأمور فی الموجب من حین إیجابه إلی تمام القبول و لو أخـذه النوم بعـد إیجـابه و اسـتیقظ قبـل قبول المشتری أو قبـل تمـامه و لم یلغ إیجابه تم عنوان البیع و تخلل فقـدها بین إیجابه و تمام القبول غیر قادح کما ذکر السید الخوئی طال بقاه.

و النحو الآخر ما یکون معتبرا فی صحة البیع و وقوعه مورد الإمضاء عند العقلاء و الشرع کاعتبار المالکیة فی کل من البائع و المشتری أو البلوغ أو عـدم الإکراه أو عـدم الحجر فاعتبار هـذه الأمور تابع للـدلیل الـدال علی اعتبارها فقد یکون مفاده حصول ذلک الأمر فی الموجب حال إیجابه و فی القابل حال قبوله کالبلوغ و قـد یکون مفاده حصوله و لو بعد العقد کطیب النفس ففی أی مورد حصل یتم البیع.

فقـد ظهر ممـا ذکرنـا ان القول باعتبـار تحقق الأـمور المعتبرة فی کلا القسـمین فی کل من الموجب و القابل من حین العقـد الی تمام القبول کما هو ظاهر المصنف (ره) و صرح النائینی (ره) بکونه من القضایا التی قیاساتها معها ضعیف.

و لـذا یـذکر (ره) فیما یأتی ان صـحة بیع المکره بلحوق الرضا لیس بتعبد خاص للإجماع أو غیره بل هی مقتضـی دلیل حل البیع کما ظهر حال فسـخ الموجب قبل تمام القبول فان المعتبر من رضا البائع فی تأثیر العقـد رضاه عند تمام البیع أو بعده و مع وقوع الفسخ قبل تمامه ینتفی موضوع الحکم بالصحة.

(۱) و وجه کونها اردئها انه إذا قیل بان الحکم الظاهری فی حق أحد کالحکم الاضـطراری فی کونه واقعیا ثانویا و انه یکون الإیجاب بالفارسـی مثلا کاشارة الأخرس و تقـدیم القبول مع اعتقاد القابل جوازه کتأخیره فی تمام العقـد، یکون العقـد المزبور تاما فی حقهما معا و لو بحسب الحکم الواقعی الثانوی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۳

....

و هذا بخلاف ما ذکر (ره) فی الموالاة و التنجیز و عدم بقاء البائع علی شرط المتعاقدین حال قبول المشتری حیث انه لو کان الإیجاب معلقـا علی أمر و قـد رأی القابـل بطلاـن التعلیق یکون قبوله ایضـا معلقـا لاـنه لاـ یمکن التفکیک بین الإیجاب و القبول فی التعلیق مع التحفظ علی التطابق بینهما.

و الحاصل إذا یری الموجب عدم البأس بتعلیق إیجابه و یری القابل بطلان التعلیق لا تکون صـحة الإیجاب بناء علی مسـلک السـببیة و کونه کاشارة الأخرس موجبا لصـحة القبول من المشتری الذی یری بطلان قبوله باعتبار کونه معلقا و کذا الحال فی فقد الموالاة حیث

ان مع فقدها بین الإیجاب و القبول یکون فعل من یعتبرها باطلا و لا یجدی فی صحته صحة فعل الآخر و لکن قد یقال ان المعاملة لا یمکن تفکیکها فی الصحة بالإضافة إلی المتعاقدین فان معنی صحة البیع مثلا حصول ملکیة المبیع للمشتری بالعوض و صحة النکاح بمعنی حصول الزوجیة بین المتعاقدین و هکذا.

و إذا کانت المعاملة التی یری الموجب مع فقد الموالاة صحتها صحیحة فصحتها واقعا بحصول ملکیة المبیع واقعا للمشتری بإزاء الثمن کما هو مقتضی إطلاق دلیل الاعتبار بناء علی مسلک السببیة و لا یمکن مع حصولها کذلک فسادها و عدم حصول الملکیة له بالإضافة إلی المشتری و کذا الحال فی النکاح و غیره من المعاملات و لو أمکن التفکیک فی الصحة أمکن أیضا فیما کان فعل أحدهما فی نظره صحیحا و فعل الآخر فاقدا للشرط فقط کما إذا أنشأ الإیجاب باللغة الفارسیة فی النکاح و یری القابل بطلان عقد النکاح بغیر العربیة فإنه یمکن معه دعوی ان صحة الإیجاب باللغة الفارسیة بالإضافة إلی الموجب فقط لا حتی بالإضافة إلی القابل المزبور و المتحصل ان الأحکام التکلیفیة التی تکون موضوعاتها الأفعال الخارجیة فیمکن فیها ان یکون فعل خارجی موضوعا لحکم تکلیفی بالإضافة إلی مکلف و لا یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۴

....

موضوعا لذلک الحکم بالإضافة إلی مکلف آخر کما إذا سافر المکلف إلی أربعة فراسخ و رجع فی یومه فیمکن علی القول بالسببیة التبعیض بان یکون السفر المزبور موضوعا لوجوب القصر واقعا بالإضافة إلی مکلف، و لا یکون موضوعا بالإضافة إلی الآخر و کذا الحال فی الأحکام الوضعیة التی تکون موضوعاتها الأعیان الخارجیة أو الأفعال الخارجیة فیمکن ان تکون عین موضوعا واقعا للنجاسة بالإضافة إلی مکلف و لا یکون موضوعا لها بالإضافة إلی الآخر و اما المعاملات فلا یمکن فیها التفکیک فی الصحة و الفساد بان تصح بالإضافة إلی طرف دون الطرف الآخر و فیه انه بناء علی مسلک السببیة یکون العقد المفروض فی المقام محکوما علیه بالصحة بالإضافة إلی کلا الطرفین حیث انه بعد سقوط ما یکون معتبرا فی فعل الموجب أو القابل باجتهاد صاحبه أو تقلیده یتم العقد لا لمجرد ان العقد لا یتبعض بالصحة بالإضافة إلی أحدهما و الفساد إلی الآخر.

لیقال لا وجه بعد عدم إمکان تبعض العقد بالإضافة إلیهما لتقدیم الصحة علی الفساد و انه لو کان عدم إمکان التبعض موجبا لتقدیم الصحة فلازمه ان یحکم بالصحة فیما إذا أتی المجتهد الذی یری اعتبار العربیة بالإیجاب بغیرها و أتی المجتهد الثانی أیضا القبول بغیرها حیث ان هذا العقد بنظر المجتهد الثانی صحیح و الصحة لا تتبعض بل الوجه فی عدم الحکم بالصحة فی هذا المثال هو انه بناء علی مسلک السببیة الإیجاب الواقع من المجتهد الأول باطل واقعا حتی بنظر المجتهد الثانی کما هو مقتضی مسلک السببیة حیث ان عدم اعتبار العربیة بناء علی ذلک المسلک مختص بمن یری عدم اعتبارها و علی ذلک فإذا اتی المجتهد الأول الإیجاب بالعربیة و اتی الثانی القبول بغیرها یکون العقد بناء علی ذلک المسلک صحیحا واقعا بحسب نظر کلا المجتهدین اما المجتهد الثانی فلانه لا یری اعتبار العربیة و اما بنظر المجتهد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۵

....

الأول فلان ذلک مقتضی سقوط العربیة عن الشرطیة فی القبول الصادر عن المجتهد الثانی.

و الحاصل ان مقتضی مسلک السببیة تعین صحة العقد لا تردده بین ان یحکم بالصحة لکلا الطرفین أو بالفساد کذلک لیکون تقدیم الصحة علی الفساد ترجیحا بلا معین و مما ذکرنا یظهر صحة التفصیل الذی ذکر المصنف (ره) فإنه إذا أتی بالإیجاب من یری اعتبار

الموالاة فی العقد ثم بعد فواتها قبل القابل الذی لا یری اعتبارها یکون قبول ذلک القابل صحیحا حتی عند الموجب بناء علی مسلک السببیة و لکن إیجاب نفسه باطل حیث ان الموالاة معتبرة فی الإیجاب الذی فعله حتی بناء علی مسلک السببیة فتدبر.

هذا کله بناء علی السببیة و اما بناء علی مسلک الطریقیة فیقع الکلام تارة فی المعاملة من شخصین یری أحدهما بحسب اجتهاده أو تقلیده صحة فعله و یری الآخر بطلانه کما إذا کان البائع مقلدا لمن یقول ببطلان المعاطاة و قبل المشتری الإیجاب بنحو المعاطاة فهل یحکم بفساد البیع أم لا و أخری فی أنه یجوز لشخص آخر غیر المتعاملین ترتیب آثار الصحة علی المعاملة الصادرة التی یری ذلک الآخر بحسب اجتهاده أو تقلیده بطلانها کما إذا أراد شراء مال یعلم ان بایعه تملکه بالمعاطاة التی لا یری مرید الشراء صحتها و نظیر ذلک ما إذا أراد شراء ارض من امرأة یعلم انها تملکها من زوجها بالإرث مع ان هذا الشخص یری ان الزوجة لا ترث من العقار فنقول فی المقام الأول لا- ینبغی الریب فی ان المعاملة الواحدة لا- تتبعض فی الصحة و الفساد بالإضافة إلی المتعاملین حیث لا تبدل فی الشرائط المعتبرة فی المعاملة.

و انه یکفی فی بطلانها واقعا الإخلال بتلک الشرائط و لو من أحدهما و لکن التفکیک بین المتعاملین فی صحة المعاملة و فسادها بالحکم الظاهری أمر ممکن حیث

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۶

....

لا بعد فی قیام حجة عند أحدهما بصحة المعاملة المفروضة و عند الآخر علی بطلانها فیعمل کل منهما علی طبق الحجة القائمة عنده فان لم یلزم من عملهما علی طبقهما التخاصم و التشاجر فهو و الا یکون المورد من الموارد التی لا بد من الرجوع فیها الی الحاکم الذی یصح له القضاء سواء کان المتخاصمان مجتهدین أو مقلدین لاعتبار قضائه فی حق کل منهما و مع عدم إمکان ذلک یصح لمن یری الصحة فی مثل البیع الفسخ باعتبار ان صاحبه تخلف عن الوفاء به و فی المقام تفصیل أبداه صاحب الکفایة (ره) و هو ان من لا یری اعتبار أمر فی معاملة یری الآخر اعتباره فیها لو کان مستندا إلی أصل عملی من أصالة الطهارة أو الحلیة أو استصحابهما أو البراءة عن الشرطیة مثلا یلزم علی الطرفین ترتیب آثار الصحة علیها و الا کان الأمر کما تقدم و نتعرض لهذا التفصیل فی المقام الثانی إنشاء اللّٰه تعالی.

و اما المقام الثانی فلا ینبغی الریب أیضا فی انه للآخر ترتیب آثار الصحة فیما إذا کان الصادر نکاحا یری المتعاقد ان صحته بل یجب علی الآخرین ترتیب آثار الصحة حتی مع علمهم ببطلانه واقعا بحسب حکم الشارع فان علی ذلک سیرة المسلمین و یدل أیضا معتبرة أبی الحسن الحذاء «۱».

قال کنت عند ابی عبد اللّٰه (ع) فسألنی رجل ما فعل غریمک قال ذاک ابن الفاعلة فنظر الی أبو عبد اللّٰه (ع) نظرا شدیدا قال فقلت جعلت فداک انه مجوسی أمه أخته فقال أو لیس ذلک فی دینهم نکاحا.

و مقتضی هذه المعتبرة انه لا- یجوز للابن نکاح زوجة أبیه مثلا حتی فیما إذا علم الابن فساد ذلک النکاح نعم لو لا هذه المعتبرة و السیرة المشار إلیها لم یکن قوله سبحانه وَ لٰا تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ شاملا لذلک النکاح حیث ان ظاهره کظاهر

---

(۱) الوسائل- باب ۱- من أبواب حد القذف.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۷

....

خطابات سائر المعاملات هو الصحیح.

و الحاصل أن النکاح بناء علی مسلک الطریقیة یکون مستثنی فی المقام الثانی دون المقام الأول فإنه إذا إنشاء النکاح المرأة بإیجاب یری القابل بطلان ذلک الإیجاب فلا یحکم بصحة النکاح واقعا و لا ظاهرا بالإضافة إلی الزوج.

و قد یقال ان المتعاقدین المختلفین ان کانت صحة فعل أحدهما مقتضی الأصل کأصالة الحلیة أو الطهارة أو استصحابهما أو البراءة فلا بد من الحکم بصحة العقد لأن الأصل المزبور مسقط لما یعتبره الآخر عن الشرطیة بالإضافة إلی الأول کما إذا رأت المرأة صحة النکاح المنشأ بغیر العربیة و ذکرت إیجابها بالفارسیة و قبله الرجل بالعربیة مع اعتقاده اعتبارها فإنه یکون العقد المزبور صحیحا عندهما اما عند المرأة فظاهر و اما عند الرجل فإن أصالة البراءة الجاریة عند المرأة عن اعتبار العربیة قد أسقطت اعتبارها عن الإیجاب و یکون المقام نظیر ما کان المأموم مخالفا لإمامه فی جزء الصلاة أو شرطها کما إذا کان الامام معتقدا عدم وجوب السورة بعد الحمد فی الرکعتین الأولتین فترکها و المأموم معتقدا وجوبها فإنه یجوز له الاقتداء.

و مما ذکر یظهر الحال فیما إذا رأی المتعاقدان صحة العقد لعدم اعتبار أمر فیه عندهما و یری الغیر الذی یرید ترتیب الأثر علی عقدهما اعتباره انه لا مانع من ترتیب الأثر فیما إذا کان المستند لعدم اعتبار المتعاقدین هو الأصل العملی.

أقول ما ذکر فی اختلاف الامام و المأموم صحیح و انه یجوز اقتداء المأموم المفروض بالإمام بلا فرق بین کون منشأ اعتقاد الامام صحة صلاته أصلا عملیا و امارة و السر فی ذلک ان مثل حدیث لا تعاد اقتضی صحة صلاة الإمام فی غیر مورد إخلاله بما ذکر فی المستثنی من ذلک الحدیث بسقوط غیر ما ذکر فیه عن الاعتبار مع الإخلال عن عذر و لو کان اختلافهما فی اعتبار مالا یقضی حدیث لا تعاد سقوطه عن الاعتبار لم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۸

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد (۱)

یجز له الاقتداء به کما إذا تیمم الإمام فی مورد یری المأموم الوضوء هی الوظیفة فلا یجوز له الاقتداء به سواء کان المنشأ لاعتقاد الإمام الأصل العملی أو الامارة.

و الحاصل لا خصوصیة للأصل العملی و لا لباب الصلاة بل یعم ما ذکر کل مورد سقط فیه الاعتبار الاولی سقوطا واقعیا للجهل أو غیره و مفاد الأصل کالامارة لا یکون الا حکما طریقیا و الحکم الطریقی شأنه التنجیز و التعذیر لا حکما نفسیا لیکون حاکما علی أدلة الاشتراط و یرتفع موضوع وجوب التدارک مع کشف الخلاف بعد ذلک.

ألا تری انه لو جرت أصالة الطهارة أو استصحابها فی ماء غسل به المتنجس ثم انکشف نجاسة ذلک الماء لا یحکم بطهارة ذلک المغسول مع انه علی الحکومة لا بد من الحکم بطهارته و کذا لو اشتری ما یشک فی کونه وقفا ثم ظهر کونه وقفا الی غیر ذلک من موارد التخلف من المعاملات و غیرها.

(۱) المراد بفساد العقد اما فساده من جهة خصوص الأمور المعتبرة فی نفس العقد أو الأعم منها بحیث یعم ما یعتبر فی المتعاقدین و العوضین و کیف کان فالمقبوض بالبیع الفاسد لا یدخل فی ملک القابض لفساد البیع و یکون ضمان تلفه علیه و یستدل علی هذا الضمان بروایة علی الید ما أخذت حتی تؤدی التی رواها العامة و ذکرها بعض أصحابنا فی کتبهم الفقهیة و مفادها ضمان المال المقبوض و خسارة تلفه علی عهدة الآخذ کما هو مقتضی اسناد الظرف الی المال کما ان اسناد الظرف الی فعل ظاهره وجوبه تکلیفا.

و بالجملة اسناد الظرف الی المال یفید ضمانه الذی یکون من قبیل الحکم الوضعی و حیث ان هذا الحکم لا یختص بالبالغین فلا یبعد شمول الروایة للصبی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۹

....

و المجنون ايضا فيما إذا صدق انهما وضعا يدهما على المال كما إذا كان الصبى مميزا و جنون المجنون خفيفا.

أقول الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يخفى ما فيها لقوة استنادهم فى حكمهم بالضمان الى ما نذكر من جريان سيرة العقلاء على الضمان فى مورد الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان و بلا اذن فى إتلافه مجانا.

و يستدل على ضمان التلف أيضا بمرسلة جميل بن دراج «۱» عن أبى عبد اللّه (ع) عن رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته و هذه و إن كانت مرسلة الا ان مضمونها وارد فى البعض الآخر من الروايات المعتبرة.

و وجه الاستدلال بها ان ضمان المشترى الولد بقيمته لكون الولد المفروض نماء الأمة و باعتبار كونه حرا يكون من النماء الذى لم يستوفه المشترى فيلزم ضمان الأصل بطريق اولى و لكن يمكن المناقشة فى الاستدلال بوجوه.

منها ان أخذ المشترى ولده بقيمته حكم تعبدى لا يقتضيه قاعدة ضمان التلف فان الولد تابع للأب فالولد حر و فرضه رقا و إعطاء قيمته لمالك الجارية عوضا عما فات من منفعتها عند المشترى و هى قابلية رحمها للاستيلاد تعبد غاية الأمر يكون الفرض مثل ما إذا زرع انسان ارض الآخر فعليه عوض منفعة تلك الأرض الفائتة بيده أى أجرة مثلها.

و دعوى ان عليه قيمة الزرع المزبور يعطيها لصاحب الأرض خارجة عن قانون ضمان التلف و بالجملة بما ان الحكم فى الرواية تعبد فلا يمكن التعدى الى

---

(۱) باب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۴۰

مما كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه (۱)

ضمان تلف الجارية فضلا عن كونه بالأولوية.

و منها ان الرواية لا دلالة لها على الضمان فى تلف المال فيما إذا كان وضع اليد عليه بالمعاملة الفاسدة مع مالكه كما هو محل الكلام أو داخل فيه و انما تدل على الضمان فى مورد فساد البيع بالغصب و عدم كون بايعه مالكا و الضمان فى هذا لا يلازم الضمان فى الأول.

و منها ما أشار إليه (ره) بقوله فليس استيلادها من قبيل إتلافها إلخ و حاصل المناقشة ان المفروض فى الرواية من قبيل إتلاف المنفعة فيكون ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان التلف كما هو مورد الكلام فى المقام.

و أجاب (ره) ان استيلاد الأمة ليس من إتلاف نماء رحمها ليدخل الفرض فى مورد إتلاف مال الغير بل يكون استيلادها من انمائها بنماء لا يدخل ذلك النماء فى ملك أحد بحكم الشارع و ليس عدم دخوله فى ملك أحد فعل المشترى حتى يضاف التلف اليه بل الى حكم الشارع بكون الولد حرا فهو كالتالف لا المتلف بفعل المشترى.

أقول قد ذكرنا ان الولد لا يكون نماء الرحم الذى يكون لصاحب الجارية بل ملكه قابلية رحمها للاستيلاد التى استوفاها المشترى باستيلادها فالضمان فى المورد فى ضمان المنفعة المتلفة على مالك الجارية كما لا يخفى.

نعم لا حاجة فى الحكم بضمان اليد إلى الرواية فإن الضمان فى غير موارد الاستيمان المالكى أو الشرعى قد جرت عليه سيرة العقلاء و لم يردع عنها الشرع فيكون الضمان فى ذلك نظير سائر الأحكام التى يكون الدليل عليها السيرة العقلائية.

(۱) الأول کما فی الجعالة حیث قیل انها من الإیقاع و انها تتم بالإیجاب من الجاعل فقط و ان العمل من العامل لا یکون قبولا و لذا یکون رد الضالة و لو بعد زمان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۱

[قاعدة ما یضمن بصحیحه]

المراد بالضمان فی الجملتین (۱)

یفوت معه الموالاة بین الإیجاب و القبول موجبا لاستحقاق الراد الجعل و کذا یستحق ذلک الجعل حتی الصبی الراد للضالة مع عدم الاعتبار بقبوله و کیف ما کان فلو تم القول بأنها عقد یکفی فی قبولها العمل حتی مع الفصل المزبور فیکون فیها شائبة الإیقاع و احتماله.

و الثانی و هو ما کان أقرب الی الإیقاع کالخلع فإنه فی حقیقته طلاق علی شرط العوض و الفدیة و الطلاق من الإیقاع و لکن لشرط الفدیة علی الزوجة یحتاج الی قبولها.

(۱) و حاصل ما افاده (ره) ان الضمان عبارة عن کون درک المال و خسارة تلفه علی الشخص بان یجب علیه تدارکه من ماله بأداء البدل منه و التدارک بالبدل اما ان یکون بأداء العوض المسمی کأداء الثمن فی ضمان المبیع و الأجرة المسماة فی ضمان المنفعة أو یکون بأداء البدل الواقعی یعنی المثل أو القیمة أو أقل الأمرین من العوض المسمی و البدل الواقعی و إطلاق الضمان و عدم تقییده بالعوض المسمی أو بأقل أمرین مقتضاه ثبوت العوض الواقعی و لذا یحمل إطلاقه علی ذلک فی الضمان المشترط فی مثل العاریة أو فیما ورد فی أدلة المضمونات من المغصوبات و غیرها.

و بالجملة فالتفکیک فی الضمان بین فرض فساد البیع بحمله علی العوض الواقعی و بین فرض صحته بحمله علی الثمن المسمی باعتبار القرینة فی الثانی و إطلاقه فی الأول لا باعتبار ان ضمان المبیع مثلا بالثمن المسمی ینافی فرض الفساد فإنه یمکن فرض فساد المعاملة و مع ذلک یکون المال عند تلفه ملکا له کما مر نظیر ذلک فی ملزمات المعاطاة علی القول بالإباحة.

أقول لا یخفی ان الضمان فی صحیح البیع مثلا ضمان معاوضی یثبت ملک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۲

لا لان معنی الضمان فی الصحیح مغایر (۱)

الثمن للبائع و یکون علی المشتری دفعه الیه مع تسلیم المبیع سواء تلف ذلک المبیع بعد قبضه أم لا.

و بعبارة أخری لا یکون ثبوت هذا الضمان معلقا علی تلف المبیع نعم مثل ضمان الذهب أو الفضة فی عاریتهما ضمان تلف کانت العاریة صحیحة أو فاسدة فلا بد من ان یراد بالضمان المعنی العام و هو ثبوت البدل للمال و المعنی ان کل مورد ثبت فیه ملک بدل المال لمالکه مع صحة العقد سواء کان ثبوت ملک البدل معلقا علی تلف المال کما فی مورد ضمان عاریة الذهب و الفضة و نحوهما أو مطلقا کما فی ضمان المشتری الثمن للبائع یثبت البدل مع فرض فساد العقد غایة الأمر یکون البدل فی فرض الفساد من ضمان التلف دائما.

و الحاصل ان ما ذکره المصنف (ره) فی المراد بالضمان فی القاعدة و هو کون خسارة المال و درکه فی ماله الأصلی و انه إذا تلف وقع النقص فیه بتدارکه منه لا- یتم فی ضمان المشتری المبیع مع صحة البیع لما ذکرنا من ان ضمانه المبیع لا یکون بمعنی تدارک

خسارة تلفه کما لا یخفی.

نعم یکون فیه الضـمان بمعنی ان المبیع یتلف مملوکـا للمشتری و لکن ذکر (ره) ان هـذا لیس معنی الضـمان فلاـ یقال الإنسان ضامن لأمواله.

(۱) یعنی ان الضـمان یراد به کون خسارة المال و درکه علیه بتـدارکه من ماله و افادة کون التـدارک بالعوض المسـمی یکون بتعـدد الدال و المدلول و مع عدم الدال الآخر یکون مقتضی إطلاق الضمان هو التدارک بالعوض الواقعی یعنی المثل أو القیمة و قد ظهر ان لفظ الضمان فی القاعدة المزبورة لم یستعمل إلا فی معنی واحد بالإضافة إلی صحیح العقد و فاسده فلا یلزم فیها التفکیک بینهما.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۳

ثم العموم فی العقود لیس باعتبار خصوص الأنواع (۱)

---

(۱) أنواع العقـد مختلفـة فی الضـمان و عـدمه فقـد یکون نوع موجبـا للضـمان کـالبیع و الإجارة بمعنی ان جمیع افراد نوع لو کان فی صحیحها الضـمان لکان الضـمان فی فاسـدها ایضا و قـد لا یکون نوع موجبا للضـمان بمعنی انه لا یکون فی أفراده الصـحیحة ضـمان کالودیعـة فتکون افراده الفاسـدة أیضا کـذلک و ثالثة لا یکون النوع موجبا للضـمان مع ثبوته فی بعض أصـنافه کالعاریة فان نوعها لا یوجب الضمان و یکون الضمان فی مثل عاریة الذهب و الفضة.

و علی ذلک فلو کان العموم فی القاعدة بحسب الأنواع فقط أصلا و عکسا لکان مفادها عدم الضمان فی فاسد عاریة الذهب و الفضة باعتبار انه لا یکون فی نوع العاریة ضمان و علی ذلک فلا بد من کون العموم فی القاعدة بلحاظ الأنواع و الأصناف بأن یکون مفادها ان کل نوع من العقـد أو صـنف من نوعه کان فیه مع صـحته ضـمان یکون فاسـده ایضا تابعا لصـحته فی الضـمان فیکون الضـمان فی العاریة المزبورة باعتبار ثبوته فی ذلک الصنف فی فرض صحته.

لا یقال ظاهر العموم هو الاستغراق بحسب افراد العقد لا الأنواع أو الأصـناف فیکون مفادها ان کل ما یکون فی الخارج من اشـخاص العقد فان کان فیه الضمان فی فرض صحته یکون الضمان فی فرض فساده ایضا و إلی ذلک أشار (ره) فی عبارته بقوله و ربما یحتمل فی العبـارة إلـخ و علی ذلـک فلو باع البائع متاعه بلا ثمن بان قال بعتک بلا ثمن و قبله المشتری فلا یثبت فی ذلک ضـمان المبیع لان هذا البیع علی تقدیر صـحته و إمضاء الشارع لم یکن فیه ضمان فلا یکون الضمان مع فساده ایضا و هذا بخلاف ما إذا کان العموم فی القاعدة بحسب الأنواع أو الأصناف فإنه بناء علیها یثبت فی المثال الضمان فان نوع البیع فیه ضمان مع صحته.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۴

و یظهر من الریاض اختیار الضمان بفاسدها مطلقا (۱) ثم ان لفظة الباء (۲)

فإنه یقال ظاهر عبارة القاعدة تبعیة فاسد العقد لصـحیحة فی الضـمان و انه إذا ثبت فی مورد الضمان بالعقد الصحیح یثبت الضمان فی ذلـک المورد بفاسـده فلاـ بـد من کون الاسـتغراق بحسب النوع أو الصـنف لیکون له فرد صـحیح و فاسـد فعلاـ و یکون فاسـده تابعا لصحیحة و هذا بخلاف ما کان الاستغراق بحسب الأشخاص فإنه لا یمکن الصحة و الفساد فی الشخص الا علی نحو التقدیر و التعلیق.

و بالجملة ظاهر العبارة فعلیة القسـمین لا تقدیرهما فیکون مفادها ثبوت الضمان فی المثالین المتقدمین باعتبار ثبوت الضمان فی جمیع الأفراد الصحیحة لنوع البیع أو الإجارة.

أقول الظاهر عـدم الفرق فی النتیجـة بین ارادة النوع أو الصـنف أو الأشـخاص و انه لا یثبت الضـمان فی المثالین المتقـدمین باعتبار ان البیع بمعناه لا ینطبق علی المعاملة المزبورة حیث ان مفاد قوله بعتک بلا ثمن ارادة التملیک مجانا و هذه فی حقیقته هبة مجانیة قد عبر عنها بلفظ البیع فلا ضـمان فیها و لا یبعد صـحتها إذ لا یعتبر فی إنشاء الهبة لفظ خاص و کذا الحال فی قوله أجرتک بلا أجرة فإنه من

تمليك المنفعة مجانا فلا ضمان فيه.

(۱) أى بفاسد الإجارة سواء كان شرط الضمان أم لا.

(۲) ان كان الباء بمعنى فى فالمفاد واضح و ان كان بمعنى السببية فلا بد من كون المراد بها الدخالة و لو بشرط القبض و انه إذا كان صحيح العقد دخيلا فى الضمان و لو كانت دخالته بالنحو الناقص كما فى بيع الصرف و السلم حيث يتم الضمان فيهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۴۵

ثم ان المدرك لهذه الكلية (۱) هو اقدام الآخذ على الضمان (۲)

بالقبض يكون كذلك فاسده.

أقول لعمرى ان الكلام فى القاعدة و تصحيح مفادها بلا طائل فإن الضمان كما ذكرنا فى أول البحث يكون ضمانا معامليا و أخرى ضمان تلف و يحتاج ثبوت كل منهما فى عقد الى دليل إمضاء ذلك العقد أو الحكم به فيه كالحكم فى النكاح بضمان الزوج المهر المسمى أو بضمان المستعير تلف الذهب أو الفضة و مع فرض فساد النكاح أو العارية ينتفى الضمانان و لا يمكن الحكم بثبوتهما فى فاسدهما لان حكم الشارع بهما ثابت فى مورد صحيح العقد فكيف يقاس عليه فاسده و لو كان فى الفاسد الضمان بالأدلة العامة فلا بد من التكلم فى تلك الأدلة بدلا عن التكلم فى القاعدة فيرى ان تلك الأدلة تعم العقود الفاسدة أم لا.

(۱) و لعل مراد المسالك فى تعرضه للقاعدة فى مسألة الشروط هو ان كون العين المرهونة مبيعا بإزاء الدين عند انقضاء أجل الدين شرط فاسد حيث ان الشرط المزبور من شرط النتيجة و كون البيع محتاجا إلى الإنشاء ظاهر.

لا يقال اشتراط المزبور بنفسه إنشاء للبيع.

فإنه يقال على تقدير كونه إنشاء فهو بيع معلق و الحاصل بما انه ليس العين المرهونة فى الرهن الصحيح مضمونة على المرتهن فلا تكون مضمونة فى فاسده ايضا هذا بالإضافة الى قبل انقضاء الأجل و البناء على ان الشرط المزبور فاسد و مفسد للرهن و اما بعد انقضاء الأجل فيدخل العين المرهونة فى ضمان المرتهن حيث ان صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان فى فاسده ايضا و المفروض تحققه بفعلية المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة فيكون المشترى يعنى المرتهن ضامنا للعين المرهونة بعدها.

(۲) قد ذكر فى أدلة الضمانات أمور: منها قاعدة الإقدام على الضمان و أورد عليها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۴۶

و اما خبر على اليد فدلالته (۱)

المصنف (ره) بوجهين.

الأول ان المشترى فى البيع الفاسد يكون اقدامه على ضمان المبيع بالثمن المسمى و إذا فرض عدم ثبوت هذا الضمان كما هو مقتضى الفساد يكون ضمانه بضمان التلف بلا موجب فإنه ضمان لم يقدم عليه المشترى.

و الثانى ان النسبة بين الاقدام و ثبوت الضمان العموم من وجه فلانه قد لا يثبت الضمان بمجرد الاقدام عليه كما فى البيع قبل القبض فإن إقدام المشترى على ضمان المبيع يكون بشرائه مع ان ضمانه عليه يثبت بعد قبضه و قد لا يكون اقدام و لكن يثبت الضمان كما إذا اشترى متاعا بشرط عدم ضمان ذلك المتاع حتى بعد القبض فإنه لا يكون مع الشرط المزبور اقدام من المشترى على الضمان و كذا فى مورد البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة.

أقول الاولى فى المثال للضمان مع عدم الاقدام بما أخذ العين الموهوبة له مجانا فبانت ملك الآخر فإنه بقبوله الهبة من غير مالكها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان أصلا.

و اما ما ذکره المصنف (ره) من المثال لثبوت الضمان مع عدم الاقدام فیمکن المناقشة فیه بعدم ثبوت الضمان فی مثالی البیع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة کما مر و اما مسئلة شراء المتاع بثمن معین بشرط کون ضمان تلفه علی البائع حتی بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده یکون ملغی و یصح أصل البیع و یثبت الضمان المعاملی فیجب علی المشتری دفع الثمن بأخذه المبیع.

(۱) قد تقدم ان الحدیث نبوی ضعیف ذکر فی بعض الکتب الفقهیة أخذا من العامة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۷

....

و دعوی انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعة بأنه لم یحرز استنادهم فی حکمهم بالضمان الیه و یکفی فی ذلک ملاحظة کلام الشیخ (ره) و استدلاله علی الضمان بالاقدام دون الحدیث و فی دلالته ایضا علی ضمان المنافع قصور فان الذیل فیه قرینة علی انحصار مدلوله بما إذا کان المأخوذ قابلا للرد الی مالکه کما فی العین و اما المنافع فهی غیر قابلة للرد المستوفاة منها أو غیرها حیث انها تفوت بمرور الزمان و هذا بالإضافة إلی منافع الأعیان التی تؤخذ بتبع أخذ تلک الأعیان و اما الأفعال کالخیاطة فإنها غیر قابلة للأخذ فلا یکون الحدیث دالا علی ضمان المستأجر فیما إذا خاط الأجیر ثوبه بالإجارة الفاسدة.

نعم یمکن ان یقال لا- یکون ذیل الحدیث قرینة علی اختصاص الموصول بالأعیان حیث ان انتهاء الضمان کما یکون برد المأخوذ کذلک یکون برد بدله.

و بعبارة أخری لا بد من تقیید إطلاق الذیل بذکر العدل و هو رد البدل و المنافع کالأعیان التالفة قابلة للرد ببدلها و اما ما دل علی احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان مع الإتلاف أو الاستیفاء لا ضمان التلف کان المتلف عینا أو منفعة فإن عدم الضمان فی المأخوذ بالبیع الفاسد الذی تلف عینه و منفعته بآفة سماویة لا ینافی قاعدة الاحترام خصوصا فیما إذا کان المشتری غافلا عن فساد البیع و علی ذلک فلا یکون ما دل علی حرمة مال المسلم و انها کحرمة دمه و انه لا یصلح ذهاب حق أحد هدرا کافیا فی إثبات ضمان التلف و قوله لا یحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه لا یدل علی الضمان أصلا بل مدلوله حرمة التصرف فی مال الغیر بلا رضاه.

و اما قاعدة اللاضرر فلا حکومة لها فی المقام فان مقتضاها انتفاء الأحکام الموجبة للضرر و الضرر هنا ناش عن التلف سواء حکم بالضمان، أولا و الحکم به

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۸

ثم انه لا یبعد ان یکون مراد الشیخ ره (۱)

مع انه معارض بالضرر علی الضامن و لا یمکن عمومها لمورد تعارض الضررین تدارک للضرر بحسب الحکم، و خارج عن مدلول القاعدة.

(۱) و حاصله ان الموجب للضمان فی مورد تلف العین أو المنفعة هی قاعدة الاحترام، و لکن هذه القاعدة کقاعدة الید لیست تمام السبب للضمان حیث یمکن ان یمنع عن الضمان دفع المالک العین مجانا أو أمانة أو عمل العامل تبرعا و تعلیل الشیخ و من تبعه الضمان بإقدام الآخذ علیه لبیان ان المانع عن قاعدة الید المقتضیة للضمان غیر حاصل فیکون القاعدة مع الاقدام المزبور تمام الموضوع للضمان، لا أن کل واحد منهما وجه مستقل للضمان، کما هو ظاهر المسالک.

أقول: الصحیح ان یقال ان وضع الید علی مال الغیر من دون إلغاء مالکه حرمة ذلک المال کما فی الهبة مجانا أو الاذن فی إتلافه کذلک و من دون جعل المالک قابض المال أمینا موجب لکون ضمان تلفه علیه سواء کان المال المزبور عینا أو منفعة لأن وضع الید علی المنفعة یکون بوضعها علی العین و هذا الضمان فی الموارد المشار إلیها مما جرت علیه سیرة العقلاء و لم یردع عنها الشرع

فیکون کسائر الأحکام التی تکون الدلیل علیها السیرة العقلائیة فی مواردها.

ثم انه ربما یحکم الشارع بکون القابض أمینا و لا یکون له ضمان التلف کما فی أخذ اللقطة و ربما یحکم بالضمان فی مورد الأمانة المالکیة کما فی عاریة الذهب و الفضة فیکون المال فی الأول أمانة شرعیة و فی الثانی مضمونا بتضمین شرعی و هذا کله بالإضافة إلی ضمان التلف فی الأعیان و المنافع التابعة لها و اما فی الأعمال فان لم یکن للعمل مالیة عند العقلاء فلا یکون العمل موجبا للضمان علی أحد إلا إذا کان ضمانا معاملیا أمضاه الشارع کما فی ضمان السبق فی عقده و مع البطلان لا یکون ضمان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۹

ثم انه لا فرق فیما ذکرنا من الضمان فی الفاسد (۱)

اما المعاملی فلفساد المعاملة و اما ضمان الاحترام فالمفروض عدم المالیة له.

و اما الأعمال التی لها مالیة عند العقلاء فان کان العامل متبرعا بها و هذا معنی إسقاطه حرمة عمله فلا ضمان علی أحد و کذا إذا لم یکن عمله بالمعاملة مع الغیر أو بأمر ذلک الغیر أو اذنه فی العمل بالأجرة و اما إذا کانت فی البین معاملة فإنه یثبت معها ضمان الأجرة المسماة مع صحتها، و یثبت مع فسادها اجرة المثل، و کل ذلک للسیرة الدارجة فیما بینهم من أهل الملل و غیرهم.

فتحصل مما ذکرنا ان مجرد عدم اقدام الشخص علی الضمان لا یمنع عن الضمان فی الأعیان و منافعها بل لا بد من إلغاء المالک حرمة ماله و علی ذلک فلو ظهر العین الموهوبة مجانا ملک الغیر ضمن المتهب ضمان تلفه و لو مع عدم اقدامه علیه نعم فی الأعمال مجرد عدم اقدام الشخص علی ضمانها کاف فی عدم ثبوت اجرة المثل علیه.

(۱) ذکر (ره) انه إذا کان فی صحیح العقد ضمان یثبت ضمان تلف المقبوض فی فاسده سواء کان دافع ذلک المال عالما بفساد العقد أو جاهلا لان حدیث علی الید بإطلاقه یقتضی الضمان فی کلا الفرضین کما أن الفتوی بالضمان فی فاسد العقد مطلق یعمهما. نعم ربما یستدل علی عدم الضمان فی صورة علم الدافع بوجهین.

الأول- ان الدافع مع علمه بفساد المعاملة و عدم کون مال الطرف عوضا عن ماله یکون دفعه تسلیطا للطرف بماله و تملیکا له مجانا و لیس فی التملیک المجانی ضمان کان صحیحا أو فاسدا و هذا الوجه علی تقدیر تمامیته ینفی الضمان عن القابض سواء کان هو ایضا عالما بفساد المعاملة أو جاهلا حیث ان أخذه المال فی کلا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۰

و غیر ذلک من العقود اللازمة و الجائزة (۱)

الفرضین مجانی و لا یمکن دفع هذا الوجه بإطلاق حدیث علی الید فان موارد إلغاء المالک حرمة ماله بالتسلیط المجانی و نحوه خارجة عن ذلک الحدیث.

و الوجه الثانی کون الدافع مع علمه بفساد المعاملة غارا لدفعه المال الی القابض الجاهل بالحال، فیکون القابض مغرورا، و ضمان التلف و الإتلاف علی الغار، کمن قدم طعام الغیر الی ضیفه الجاهل بالحال.

أقول الوجه الثانی ضعیف جدا، فان القابض الجاهل لم یقدم علی أخذ المال مجانا، بل أقدم علی أخذه بعنوان المعاوضة، فلا یکون مغرورا، و لا یقاس بالضیف لاقدام الضیف علی أکل الطعام مجانا، مع ان قاعدة الغرور لا تنفی الضمان سواء کان ضمان التلف أو الإتلاف و انما توجب استقرار الضمان علی الغار.

و یقرب من الوجه الثانی فی الضعف الوجه الأول، فإن دفعه المال الی القابض لا یکون تملیکا مجانیا، بل وفاء بالمعاملة السابقة، و دفعا للمال إلی الآخر لیقبض عوضه، و علمه بعدم استحقاقه العوض شرعا، کعلمه بعدم استحقاق الطرف المال المدفوع لا ینافی الدفع

وفاء بالمعاوضة المعتبرة عنده، و لذا لو باع الغاصب بالمعاطاة و اجازه المالک یصح البیع للمالک و لا یکون علم الغاصب بعدم صحة المعاوضة موجبا لکون إعطائه تملیکا مجانیا، لتکون اجازة المالک مصححة للهبة کما لا یخفی.

(۱) یعنی سائر العقود التی لا ـ ضمان فی صحیحها سواء کانت لازمة کالإجارة بالإضافة إلی العین المستأجرة، أو جائزة، کما فی العاریة، و علی ذلک فمقتضی عکس القاعدة، عدم ضمان العین فی الإجارة الفاسدة لعدم ضمانها فی صحیحها، بل مقتضاه عدم ضمانها فی الفاسدة حتی مع اشتراط الضمان، فان الضمان فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۱

....

صحیحها علی تقدیر الاشتراط کان للشرط، لا لاقتضاء العقد.

و بتعبیر آخر ثبوت الضمان مع الاشتراط، باعتبار نفوذ الشرط، و لا یکون الشرط مع فساد العقد نافذا، بل یکون تابعا للعقد فی الفساد، و بهذا یظهر الحال فی العاریة الفاسدة المشروط فیها ضمان العین.

و مع کل ذلک فقد ذکر فی جامع المقاصد بعد بیان ظاهرهم عدم ضمان العین المستأجرة فی الإجارة الفاسدة حتی مع استیفاء منفعتها، أن الصحیح ثبوت الضمان فی الإجارة الفاسدة حتی مع عدم اشتراط الضمان، باعتبار ان وضع المستأجر یده علی العین مع عدم کونه مالکا لمنفعتها عدوان بالإضافة إلی العین و المنفعة، و لکن هذا الضمان مخالف لقاعدة ما لا یضمن بصحیحه.

و أجاب المصنف (ره) عن المخالفة بوجهین.

الأول- تخصیص قاعدة ما لا یضمن بصحیحه فی الإجارة الفاسدة بالإضافة إلی العین المستأجرة بحدیث علی الید، فان الحدیث المزبور یعم العین فیها.

نعم لو کانت الإجارة صحیحة کانت العین باعتبار کونها أمانة مالکیة فی ید المستأجر و قد أمضاها الشارع خارجة عن عموم الحدیث.

و الثانی- ان القاعدة المزبورة ناظرة إلی بیان الضمان و عدمه فی مورد العقد و مورد المعاملة فی صحیح الإجارة و فاسدها المنفعة لا العین.

و بعبارة أخری ضمان العین أو عدمه فی الإجارة خارج عن أصل القاعدة و عکسها بالتخصیص، و لکنه (ره) ذکر فی آخر کلامه عدم ضمان العین فی الإجارة الفاسدة و انها باقیة فی عکس القاعدة، و لیست خارجة عنها لا بالتخصیص کما هو مقتضی الوجه الأول، و لا بالتخصص بان یکون المراد من الضمان و عدمه فی أصل القاعدة و عکسها هو ضمان مورد المعاملة و عدمه کما هو مقتضی الوجه الثانی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۲

و منها الصید الذی استعاره المحرم (۱)

أقول دفع العین المستأجرة إلی المستأجر فی موارد تعارف دفعها انما هو بشرط ضمنی ارتکازی فی عقد إجارتها، و هذا فی حقیقته شرط جعل العین امانة فی ید المستأجر لیستوفی منها ملکه و مع اشتراط الأمانة ینتفی موضوع الضمان سواء کانت الإجارة صحیحة أولا، لما ذکرنا من انه لا سیرة علی الضمان فی موارد الاستیمان سواء کان الاستیمان ممضی شرعا، أولا کما انه لو شرط الموجر علی المستأجر ضمان العین یکون ضمانه علیه کما هو مقتضی عموم المؤمنون عند شروطهم و لیس جعل العین المستأجرة أمانة عند المستأجر من مقتضیات نفس عقد الإجارة لینافیه اشتراط الضمان لأن الذی من مقتضیات الإجارة فی مثل البیوت هو وضع البیت تحت ید المستأجر اما کونه بطور الأمانة أو التضمین فهو تابع للاشتراط.

و علی ذلک فلو اشترط التضمین فی الإجارهٔ الفاسدهٔ یثبت الضمان أیضا للسیرهٔ المشار إلیها، و ان وضع الید علی مال الغیر لا بطور الاستیمان و من غیر هدر ذلک الغیر حرمهٔ ماله موجب للضمان.

(۱) ذکر المحقق (ره) فی الشرائع و لا- یجوز للمحرم ان یستعیر من محل صیدا، لانه لیس له إمساکه، و لو أمسکه ضمنه و ان لم یشترط علیه انتهی.

و ظاهر ذلک ضمان تلف العین فینافی هذا الضمان عکس قاعدهٔ ما یضمن. و نقل السید الیزدی (ره) فی تعلیقته عن الشرائع العبارهٔ هکذا و لا یجوز ان یستعیر من محل صیدا لانه لیس له إمساکه و لو أمسکه ثم أرسله ضمنه و ان لم یشترط.

و قال (ره) ظاهر ذلک ضمان الإتلاف، فإن إرسال الصید إتلافه، و الکلام فی قاعدهٔ ما یضمن أصلا و عکسا فی ضمان التلف لا فی ضمان الإتلاف فلا مخالفهٔ للقاعدهٔ.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۳

بالنسبهٔ إلی المنافع التی یستوفها (۱)

أقول إضافهٔ ثم أرسله إلی عبارهٔ الشرائع باعتبار وقوعه فی عبارهٔ الجواهر فزعم انه من عبارهٔ المتن أی الشرائع.

کیف کان فذکر المصنف (ره) ایضا ان الحکم بالضمان فی المسألهٔ لا- ینافی القاعدهٔ، فإن الضمان فیها للإتلاف حیث ان حکم الشارع علی المحرم بإرسال الصید إیجاب علیه إتلافه، و هذا الإیجاب إتلاف تعدی یوجب الضمان.

و فیه ان إیجاب الإتلاف ما لم یقع الإتلاف خارجا لا یوجب الضمان، و لذا لو لم یأکل من یجب علیه أکل طعام الغیر لدفع هلاک نفسه من الجوع فمات لم یکن مدیونا لصاحب الطعام بمثل الطعام أو قیمته، کما لا یصح القول بأن إیجاب الأکل علیه تحفظا علی نفسه من الهلاک إتلاف لطعام الغیر و علی ذلک فلو لم یرسل الصید حتی أخذه صاحبه لم یکن علی المستعیر شیء.

هذا مع انه لا دلیل علی وجوب الإرسال علیه، بل غایهٔ الأمر عدم جواز إمساکه، و یحصل الموافقهٔ بدفعه الی صاحبه أو إیصاله إلیه، نعم لو أرسله فعلیه ضمان الإتلاف و الاولی نقض عکس القاعدهٔ بعاریهٔ الصبی ماله من آخر؛ فإنه یثبت علی الآخر ضمان تلف ماله، مع انه لا ضمان فی صحیح العاریهٔ.

فإن قیل ما الفرق بین عاریهٔ البالغ حیث ان فی عاریهٔ البالغ مع فسادها لا یکون ضمان علی المستعیر، و بین عاریهٔ الصبی حیث یثبت للمستعیر ضمان تلفها.

فإنه یقال ان فساد العاریهٔ الأول لا یوجب بطلان اذن المالک للمستعیر فی حفظ ماله الموجب لارتفاع الضمان کما تقدم، بخلاف عاریهٔ الصبی لبطلان اذنه کعاریته و سائر معاملاته.

(۱) و ربما یقال کما عن السید الخوئی (أطال اللّه بقائه) بأنه لا وجه لتقیید المنافع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۴

و یمکن نقض القاعدهٔ (۱) و یمکن النقض أیضا بالشرکهٔ الفاسدهٔ (۲)

بغیر المستوفاهٔ، فان المستوفاهٔ و غیرها کلاهما غیر مضمون فی البیع الصحیح فضمانهما ینافی القاعدهٔ و فیه ان ضمان المستوفاهٔ لا ینافی القاعدهٔ لا بأصلها و لا بعکسها، فإنها ناظرهٔ إلی ضمان التلف لا الإتلاف و الاستیفاء إتلاف و عدم ضمان المنافع المستوفاهٔ مع صحهٔ البیع لکونها تابعهٔ لملک العین فاستیفائها إتلاف لملک نفسه لا لملک الغیر لیضمن، بخلاف صورهٔ فساد البیع.

(۱) أقول- لا یصحح ضمان الحمل فی البیع الفاسد فرض اشتراط دخوله فی البیع، و الوجه فی ذلک ان مجرد اشتراط دخوله لا یجعل الحمل جزء المبیع بان یکون الثمن بإزائه و إزاء الام معا لیکون بالإضافهٔ إلی الحمل ضمان معاملی، و یثبت ضمان تلفه مع فساد البیع.

و الحاصل الضمان المعاملی یجری فی جزء المبیع لا الشرط، و ان الحمل علی تقدیر اشتراط الدخول یکون کسائر المنافع التی یدخل فی ضمان المشتری مع فساد البیع من غیر ثبوت ضمان معاملی بالإضافهٔ إلیها کما لا یخفی.

(۲) و وجه النقض ان مع صحهٔ عقد الشرکهٔ و جواز تصرف کل من الشریکین فی المال المشترک یکون المال المزبور فی ید کل منهما کالمال فی ید الوکیل أمانهٔ مالکیهٔ فلا یضمن، بخلاف صورهٔ فساد عقدها و البناء علی عدم جواز التصرف فی مال الشریک، فإنه تکون یده علی مال صاحبه، ید عدوان فیضمن و هذا ینافی القاعدهٔ المزبورهٔ فی عکسها لان مقتضی عکسها عدم الضمان فیما لا ضمان فی صحیحهٔ.

أقول الظاهر انه لا ضمان علی الشریکین حتی لو قلنا بعدم جواز تصرف کل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۵

و المفروض أنها لا تؤثر شیئا (۱) فحاصل أدلهٔ عدم ضمان المستأمن (۲) اما فی غیر التملیک بلا عوض (۳)

من الشریکین فی المال المشترک حیث ان الضمان و عدمه فی القاعدهٔ أصلا و عکسا هو ضمان التلف، لا الإتلاف و فیما إذا لم یکن تلف المال مستندا الی تصرف أحدهما کما إذا سرق المال المشترک من ید أحدهما فلا موجب للضمان لان المال مع صحهٔ الشرکهٔ کانت فی یده أمانهٔ مالکیهٔ، و کذلک مع فسادها و الأمانهٔ المالکیهٔ خارجهٔ عن حدیث علی الید، و لا یعمها السیرهٔ المشار إلیها سابقا، بل لا ضمان فیما إذا تلف المال المشترک بتصرف أحد الشریکین کما إذا اشتری به متاعا ثم نزلت القیمهٔ السوقیهٔ للمتاع فباعه بالأقل حیث ان بطلان عقد الشرکهٔ لا یوجب بطلان الاذن فی التصرف بل البطلان یوجب عدم ترتب الأثر الخاص لصحهٔ العقد کما هو الحال فی بطلان سائر العقود الإذنیهٔ.

(۱) لا یخفی ما فیه فان فساد العقد معناه عدم ترتب الأثر المترقب من العقد علیه لا عدم ترتب حکم شرعی أصلا کضمان المال.

(۲) المستأمن بالفتح مبنی علی المفعول یعنی حاصل أدلهٔ عدم ضمان الأمین ان من دفع الیه المالک ماله علی وجه لا یضمنه (بالتشدید) یعنی لا یجعله ضامنا بعوض واقعی أو جعلی فلیس علیه ضمان.

(۳) یعنی الدلیل علی عدم الضمان فی غیر الهبهٔ الفاسدهٔ من موارد الاستیمانات

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۶

[حکم المقبوض مع فساد العقد]

اشارهٔ

و الظاهر أنه مما لا خلاف فیه «۱»

إطلاق ما دل علی عدم ضمان الأمین کموثقهٔ غیاث بن إبراهیم (۱) حیث ان دعوی اختصاصها بالأمانهٔ المالکیهٔ الصحیحهٔ ضعیفهٔ، کما ان الدلیل علی نفی الضمان فی الهبهٔ الفاسدهٔ فحوی ما دل علی عدم ضمان الأمین، فإن الاستیمان مع عدم التسلیط المطلق فی موارده إذا کان موجبا لنفی الضمان یکون التسلیط المطلق مجانا کذلک بطریق اولی، نعم التسلیط بالعوض مساوق للتضمین.

(۱) یعنی لا خلاف فی وجوب رد المقبوض بالبیع الفاسد علی تقدیر عدم جواز التصرف فیه کما یلوح عدم الخلاف علی هذا التقدیر من مجمع الفائدهٔ، و الوجه فی ذلک ان الإمساک به تصرف، فیجب رده تخلصا من الإمساک المزبور، و الظاهر عدم جواز التصرف فی المقبوض بلا فرق بین علم الدافع بفساد البیع و عدمه.

و ما ربما يقال من جواز التصرف فيه مع علم الدافع بفساده، بدعوى ان الدفع مع العلم المزبور ترخيص فى كل تصرف فيه لا يمكن المساعدة عليه، فان علم الدافع بفساد البيع شرعا لا يمنعه من إنشاء تمليكه بعوض حيث ان إمضاء الشارع التمليك المزبور و عدمه خارج عن قصده و إنشائه، كما ان الرضا بالتمليك المزبور لا يتضمن إذنا لصاحبه فى التصرف مع بقاء المال فى ملكه.

و اما بالإضافة إلى وجوب الرد فالظاهر التفصيل فيه، و أنه فى بعض المبيعات التى يكون المتعارف فى بيعها حملها إلى المشترى لغاية التسليم اليه، ليس على المشترى مع فساد البيع إلا التخلية بين المقبوض و بين بايعه و لو باخباره ان ماله عنده فله أخذه لفساد المعاملة و بقائه على ملكه، و فى المبيعات التى يكون المتعارف

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب– (۲۸) من أبواب أحكام الإجارة الحديث (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۵۷

....

فيها تخلية البائع و أخذ المشترى المال من عند البائع يجب فيها على المشترى رد المال بإيصاله إلى بائعه و لا يكفى التخلية المزبورة، بل لو كانت فى إيصاله مؤنة كانت على المشترى، و حديث لا ضرر لا يجرى فى المقام باعتبار ان حبس المال على بايعه ضرر على البائع.

و قد ذكر فى محله ان قاعدة لا- ضرر لا- تعم موارد تعارض الضررين. و لو تلف المال فى القسم الأول قبل التخلية المزبورة يكون ضمان تلفه على المشترى، بخلاف ما إذا تلف بعدها، فإن اخبار البائع بأن ماله عنده فله أخذه، يخرج المال عن إمساكه المحرم و يدخله فى التبرية من ضمانه على تقدير مماطلة المالك فى الأخذ حيث لا يكون معها فى سيرة العقلاء ضمان و هذا بخلاف الصورة الثانية فإنه ما دام لم يتحقق رد المال على مالكه فضمان تلفه عليه حتى فيما إذا كان رده حرجيا عليه و باعتباره جاز له إمساكه إلى ارتفاع الحرج، حيث ان دليل نفى الحرج لا ينفى الضمان.

ثم لا يخفى ان الرد لا يكون وجوبه نفسيا حتى فى الأمانات المالكية عند مطالبة ملاكها بل وجوبه كما أشرنا إليه غيرى تخلصا من حرمة الإمساك بالمال كما يظهر ذلك بملاحظة ما دل عليه كصحيحة زيد الشحام عن ابى عبد اللّه (ع) ان رسول اللّه (ص) وقف بمنى حتى قضى مناسكها الى ان قال اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه. «۱»

و ما يظهر من بعض الكلمات من ان المفهوم من عدم حل مال الغير وجوب الرد عليه نفسا ضعيف، بل الأمر بالعكس بشهادة مثل الصحيحة. و قد يقال ان حديث على اليد يدل على كل من الضمان و وجوب الرد، اما لان ضمان العين قبل تلفه يستلزم

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۹) الباب (۱) من أبواب القصاص– الحديث (۳)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۵۸

[ضمان المنافع فى المقبوض بالبيع الفاسد]

الثالث لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشترى (۱)

وجوب الرد بل لا معنى له غير وجوب الرد أو لأن كلا من الضمان و وجوب الرد مدلول مطابقى للحديث و مستفاد من كون المال

علی العهدة.

و فیه ان ظاهر اسناد الظرف الی المال هو ضمانه فقط و استفادة التکلیف من الحدیث محتاج إلی اسناد الظرف الی فعل مقدر أیضا بأن یقال علی الید رد ما أخذت و التقدیر خلاف الأصل کما أن الجمع بین التقدیر لیستفاد التکلیف و بین اسناد الظرف الی نفس المال لیستفاد الضمان غیر ممکن.

و اما دعوی ان اعتبار الضمان بدون وجوب الرد لغو و باستلزام الضمان، التکلیف بالرد فلا یمکن المساعدة علیها، لا مکان اعتبار شیء علی العهدة من غیر التکلیف برده کما فی الدیون التی یعتبر علی عهدة الشخص مع عدم تمکنه علی أدائها.

و الحاصل ان وجوب الرد باعتبار أن الإمساک بأموال الناس غیر جائز و لو لم یکن فی البین حرمة الإمساک بها التی یستفاد من مثل صحیحة زید الشحام لما کان للحدیث علی الید دلالة علیه، و لو تنزلنا عن ذلک و بنینا علی دلالته علی وجوب الرد فلا قرینة علی کون المراد بالرد هو خصوص الإیصال بل یعم التخلیة فی الموارد التی أشرنا إلیها فتدبر.

(۱) لو کان للمبیع بالبیع الفاسد منفعة استوفاها المشتری یکون علیه ضمانها زائدا علی ضمان العین علی المشهور بین أصحابنا، بل ظاهر ما فی السرائر (من ان المأخوذ بالبیع الفاسد کالمغصوب عند المجتهدین من أصحابنا) أنه عندهم مثله فی عدم جواز التصرف و الضمان، و یقتضی هذا الضمان قاعدة احترام مال المسلم المستفادة من مثل موثقة غیاث بن إبراهیم المتقدمة، و ذکرنا سابقا ان استیفاء منفعة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۹

....

المبیع إتلاف الملک الغیر فیوجب الضمان، و اما الاستدلال بقوله علیه السّلام لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه کما عن المصنف (ره) فلا یمکن المساعدة علیه لما ذکرنا سابقا، من ان مقتضاه عدم جواز التصرف فی مال الغیر تکلیفا و وضعا و اما الضمان أو عدمه، فلا دلالة فیه علیها أصلا خلافا لابن حمزة فی الوسیلة حیث نفی ضمان المنافع فی المقبوض بالبیع الفاسد، و تمسک فی ذلک بما فی النبوی المرسل الخراج بالضمان و المراد بالخراج منافع الشیء و عوائده، و الباء بمعنی السببیة أو المقابلة فیکون مفاده ان ضمان العین بإزائه منافعها، أوان ضمانها سبب لکون منافعها للضامن.

و الحاصل ان مقتضاه عدم الضمان فی المنافع المستوفاة و غیرها.

و ذکر المصنف (ره) ان هذا المعنی مستفاد من الاخبار الکثیرة مثل قوله علیه السّلام فی الاستشهاد علی کون منافع المبیع للمشتری فی بیع الخیار (الا تری انه لو أحرقت کانت من مال المشتری) فان ظاهر ذلک ان مقتضی ضمان العین علی المشتری کون منافعها له.

أقول لا یظهر ما ذکر من مثل قوله علیه السّلام، و ذلک لما تقدم من انه لا معنی لکون الإنسان ضامنا لماله، و بما ان المبیع فی بیع الخیار کسائر البیوع ملک المشتری، و لا یکون ثبوت الخیار للبائع موجبا لبقائه فی ملکه، فلا یکون لضمان المشتری معنی لیکون ضمانه فی مقابل المنافع أو سببا لکون المنافع له، بل ظاهره استشهاد الامام علیه السلام لدخول المنافع تبعا للعین فی ملک المشتری بکون هلاک العین و تلفها فی ملکه.

و الحاصل انه لیس فی البین ما یکون وجها لما ذهب الیه ابن حمزة غیر النبوی المرسل و ناقش المصنف (ره) فیه مع الإغماض عن ضعف سنده بضعف دلالته علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۰

....

المقام فان مدلوله ان مع ثبوت الضمان الاقدامی بالإضافة إلی العین و إمضاء الشارع له یکون منافعها للضامن کما فی البیع الصحیح، فان مع ثبوت الضمان المعاملی بالإضافة إلی المبیع یکون منافعه للمشتری و الضمان مع فساد البیع لا- یکون ضمانا اقدامیا، بل کالضمان فی المقبوض بالسوم حکم شرعی مستفاد من حدیث علی الید و نحوه، و ثبوت هذا الضمان بالإضافة إلی العین لا یوجب کون المنافع للضامن کما فی ضمان المغصوب.

بل ربما یقال کما هو الصحیح لا- یکون مجرد الضمان الاقدامی موجبا لکون المنافع للضامن حتی مع إمضاء الشارع و کون منافع المبیع للمشتری باعتبار دخول العین فی ملکه لا- لمجرد ضمان العین، و لذا لا- یکون المنافع ملکا للضامن باشتراط الضمان علی المرتهن، أو علی المستعیر فان الثابت للمستعیر حتی فی مورد ضمان العین جواز الانتفاع و جوازه باذن المالک یعبر عنه بملک الانتفاع و اما المنفعة فهی باقیة علی ملک المعیر و لذا لو مات المستعیر لا ینتقل المنفعة إلی ورثته، بل تبطل العاریة و لا یجوز للورثة الانتفاع بالعین بخلاف موارد ملک المنفعة فإنه بموت المستأجر تنتقل المنفعة المملوکة له الی ورثته.

و الحاصل یمکن ان یراد بالضمان فی النبوی، ضمان العین بالضمان المعاملی لا مجرد الالتزام بضمانها و ضمان المبیع فی مقابل الثمن مع صحة البیع معاملی کما هو مورده فیکون المنافع للمشتری بذلک الضمان فإنه قضی عمر بن عبد العزیز فی عبد اشتری و استعمل ثم ظهر کونه معیبا بان عمله للبائع فروی علیه عروة عن عائشة انه وقع مثله فی حیاة رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فقال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عمله للمشتری لأن الخراج بالضمان.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۱

و ربما یرد هذا القول (۱) و أضعف من ذلک (۲) فلا إشکال فی عدم شمول صلة الموصول (۳)

---

(۱) یعنی یرد قول ابن أبی حمزة بما ورد فیمن اشتری امة و أولدها فوجدها انها مسروقة من مالکها حیث ان مشتریها ضامن لمالکها بقیمة ولدها و عوض لبنها بل عوض کلما انتفع بها و لکن هذا الرد ضعیف، فان مورد کلام ابن أبی حمزة ما إذا کان ضمان العین بتضمین مالکها و عدم تضمینه منافعها و مثل الأمة المفروضة خارج عن ذلک، فإنه لیس فیها تضمین العین من مالکها و جعل منافعها بلا تضمین بل الضمان فیها من قبیل ضمان الغصب حیث ان بائعها لم یکن مالکا لها.

(۲) و وجه کونه أضعف من الرد السابق، ان فی مورد بیع الأمة المسروقة یکون التضمین بالإضافة إلی العین فقط حیث یجعل الثمن بإزاء المبیع و لکن بما ان جعل المنافع مجانا کان من بایع غیر مالک لم یؤثر فی ارتفاع الضمان، و لا یقتضی ضمان العین ضمان المنافع فیما إذا کان الجعل المزبور باتفاق المالکین، و هذا بخلاف صحیحة أبی ولاد الدالة علی ضمان المنافع فان موردها اجارة العین التی تکون المنافع فیها مضمونة بتضمین مالکها فالضمان فی مورد الصحیحة لا تقتضی ضمان المنافع التی لا تکون فیها تضمین کما هو مورد الکلام فی المقام.

نعم لو فرض ان دعوی الوسیلة هی عدم ضمان المنافع أصلا، و أن ضمانها لا- تجتمع مع ضمان العین حتی فی موردی الغصب و الإجارة، فیصح الرد علیه بالروایة و الصحیحة.

(۳) و حاصله ان المنفعة و هی قابلیة العین للانتفاع بها لا تکون قابلة للأخذ،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۲

....

و تناول الید، بل القابل له هی العین فقط، و الحاصل ان حدیث علی الید قاصر عن الشمول للمنافع، باعتبار عدم عموم الصلة، أی الأخذ للمنافع.

أقول المراد بالأخـذ الاستیلاـء، لاـ الأخـذ الخـارجی و تنـاول الیـد، و ما ذکر المصـنف (ره) من کون الأخـذ بمعنی الاستیلاء مشـکلا، ضعیف، و الاـ لم تصـدق الصـلة المزبورة علی وضع الیـد بمثـل البسـاتین و الأشـجار و نحوهمـا من الأعیـان التی لا تکون قابلـة للنقل الخارجی، و تناول الید.

نعم قیل ان الحـدیث لا یعم المنافع باعتبار ان الـذیل فیه و هو قوله حتی تؤدی قرینة علی اختصاص صدره بالأعیان فإنها القابلة للأداء، دون المنـافع، و لکن أجبنـا عنه بـأن الأـداء فی الـذیل یعم أداء المأخوذ بنفسه و رده ببـدله، حیث ینتهی الضـمان بکل من رد العین، و البدل، و مع ذلک لا یمکن الاعتماد علی الحدیث لضعفه سندا، و کذا لا یمکن التثبت فی الحکم بضمان المنافع غیر المستوفاة بما فی موثقة غیاث و صـحیحة زید الشـحام (من قوله (ص) من ان حرمة مال المسلم کحرمة دمه) فان مقتضاهما و ان یکون الضمان کما هو مقتضی إطلاق تنزیل المال بالدم، الا انه لا یعم المنافع غیر المستوفاة، حیث ان عدم ضمانها لا ینافی احترام المال، و انما ینافی احترامه عدم ضمان الإتلاف، کما هو الحال فی الدم فان احترامه لا یوجب ضمان التلف، بل یوجب ضمان الإتلاف.

و العمدة فی الضمان فی تلک المنافع أیضا السیرة العقلائیة فإنه لا فرق عندهم بین المنافع الفائتة تحت یده، و بین المنافع المستوفاة.

و دعوی انها غیر محرزة فی مورد فوت المنفعة تحت الید من غیر استیفاء، مدفوعة بملاحظة موارد الغصب کما فی وضع الید علی دار لم یسکنها أو علی بستان لم ینتفع منه، و هکذا أولا وجه لما قد یقال من انه لا موجب فی العصب لضمان المنافع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۳

مضافا الی الاخبار الواردة فی ضمان (۱)

غیر المسـتوفاة فیما إذا کانت تلک المنافع شأنیة کمن یکون عنده مراکب لا یرکبها نادرا و لو وضع الغیر یده علی تلک المراکب یوما و لکن لم یرکبهـا لاـ یضـمن للمالـک اجرة المثـل بخلاـف مـا إذا وضع الیـد علی مراکب یرکبهـا صاحبهـا غالبا، أو یؤجرها للرکوب کذلک و ذلک فإنه لا یری فی سیرتهم الفرق بین کون المالک ممن یستعمل المرکب کل یوم أو لا.

نعم إذا لم یمکن عـادة رکوب المرکب فی زمان، لا لمانع شخصـی بل نوعی کنزول الثلـج أو المنع العام من الخروج من البلـد و غیره مما لا یعد معه المرکب ذا منفعة فلا یکون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعة فی یده.

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۲، ص: ۱۶۳

(۱) کروایة زرارة قال قلت لأبی جعفر علیه السلام الرجل یشتری الجاریة فیولدها ثم یجیء الرجل فیقیم البینة علی انها جاریته و لم تبع و لم تهب فقال یرد الیه جاریته و یعوضه بما انتفع «۱».

و فی روایة أخری عن أبی عبد اللّه علیه السّـلام قلت له رجل اشتری جاریة من سوق المسلمین فخرج بها الی أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاها من یزعم انها له و اقام علی ذلک البینـة قال یقبض ولـده و یـدفع إلیه الجاریة و یعوضه فی قیمته ما أصاب من لبنها و خدمتها «۲» و لا یبعد اعتبار سـند الاولی و لکن لا دلالة فیهما علی عدم ضمان المنافع الفائتة، فإنه لم یفرض فیها فوت منفعة بل مقتضی العادة فی مثل الأمة المزبورة استیفاء منافعها.

و اما صـحیحة محمـد بن قیس الواردة فیمن باع ولیدة أبیه فلیس فیها بیان ضـمان المنافع أصـلا لا المسـتوفاة و لا غیرها و لا یمکن ان یقال ان السکوت فیها عن ضمان

---

(۱) الوسائل- الجز (۱۴) الباب ۸۸ من أبواب نکاح البعید.

(۲) الوسائل- الجز (۱۴) الباب ۸۸ من أبواب نکاح البعید.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۴

و ان كان المترائى من ظاهر صحيحة أبى ولاد (۱)

[الضمان فى المثلى و القيمى]

اشارة

إذا تلف المبيع فان كان مثليا (۲)

المنافع دليل على عدم ضمانها و ذلك لعدم إحراز كونها فى مقام البيان من هذه الجهة ليرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى المنافع المستوفاة بقرينة ما تقدم، و يتمسك بها فى نفى ضمان غيرها.

و الحاصل الإطلاق الموهوم فى الصحيحة إطلاق مقامى و ليس من الإطلاق اللفظى ليمكن إحرازه بالأصل العقلائى، و إثبات الإطلاق المقامى موقوف على إحراز كون المتكلم فى مقام بيان الحكم الآخر أيضا غير الحكم الوارد فى الخطاب.

(۱) لم يظهر وجه ما ذكر فإنه لم يفرض فيها فوت منفعة بلا استيفاء، كما إذا مكث المستأجر بالبغل أياما من غير ركوبه، ليقال بان عدم ضمانه اجرة تلك الأيام فى مورد الغصب يستلزم عدم ضمانها فى المقام.

نعم بالإضافة إلى ضمان الأجرة المسماة فى مورد مخالفة عقد الإجارة كلام موكول الى كتاب الإجارة و ظاهر الصحيحة عدم ضمان المستأجر تلك الأجرة فلاحظ.

(۲) المعروف ان التالف فى يد المشترى مضمون بالمثل فى المثليات خلافا لما يحكى عن الإسكافى حيث ذكر ان التالف يكون مضمونا بالقيمة مطلقا و الكلام فعلا فى ضابط كون التالف مثليا حيث ذكر جماعة انه ما يتساوى اجزائه من جهة القيمة و المراد بالاجزاء الافراد حيث يصدق الحقيقة على كون واحد منها و تساويها من حيث القيمة بالنسبة أى بإضافة بعضها الى بعضها الأخرى من حيث المقدار فإذا كانت حنطة متساوية للأخرى فى الكم، تكون متساوية لها فى القيمة أيضا.

و على ذلك فيلزم ما ذكر الشهيد (ره) من كون المسبوط من الذهب قيمته، فإنه إذا انفصل و كانت قطعه منه نصف مسبوك أخر، فلا تكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۵

....

قيمتها نصف قيمة ذلك المسبوك، لدخالة الهيئة فى قيمته، و كذا يلزم ان لا يكون الدرهم مثليا، فان الدرهم إذا كسر و صار قطعا تكون تلك القطع مساوية للدرهم من حيث الكم مع انه لا يشترى تلك القطع بالدرهم.

و يمكن ان يجاب بان الدرهم مثلى بالإضافة إلى نوعه الصحيح، فلا ينافى عدم كونه مثلا للقطع من درهم آخر كما ان كون الحنطة مثليا لا ينافى عدم كونها مثلا بالإضافة إلى قطع الحنطة المعبر عنها بالجريش و يلتزم كما عن الشهيد ره بان المسبوك من الذهب أو الفضة قيمى.

ثم ان لازم التعريف و التوضيح ان لا يكون مثل الحنطة مثليا، فإنه ربما تكون حنطة ضعف الأخرى فى المقدار و مع ذلك تكون

قیمتها مساویة له کالمن من الحنطة الجیدة مع المنین من الردیة، فیلزم ان لا یکون الحنطة مثلیة بل المثلی أصنافها و هذا لا یناسب کلماتهم حیث یجعلون الحنطة مثلیة و علی ذلک فلو تلف أو أتلف فردا من صنفها یجب علیه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلک الصنف و یبقی ان إطلاق المثلی علی الجنس بلحاظ مثلیة أصنافها و لو لم یکن بعیدا الا ان تطبیق تعریف المثلی فی کلماتهم علی الجنس بلحاظ افراد أصنافه بعید.

و أبعد منه القول بان قولهم الحنطة مثلی، نظرهم الی الجنس، و عدم ملاحظتهم اختلاف أفراد أصنافها مع کون المثلی کل واحد من تلک الأصناف باعتبار ان التالف مضمون بالجنس عندهم، غایة الأمر یجب عند أداء ما علیه من الجنس، رعایة الخصوصیات الصنفیة التی کانت فی التالف، و وجه کون هذا أبعد، أنه لا وجه لرعایة الخصوصیات بعد فرض عدم اشتغال الذمة بها، کما ان مع وجوب رعایتها لا وجه لعدم اعتبارها، علی الذمة.

و بالجملة لا موجب لاعتبار الجنس مثلیا مع کون المثلی نوعه أو صنفه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۶

یشکل اطراد التعریف بناء علی هذا (۱) و بهذا الاعتبار یصح السلم (۲) و لذا اختار العلامة فی باب القرض (۳)

---

(۱) یعنی لا یتم التعریف المزبور حتی بناء علی کون المراد من تساوی أفراد الحقیقة تساوی افراد کل واحد من أصنافها، و وجه عدم التمامیة انه ان أرید تساوی تلک الافراد من جمیع الجهات الموجبة لرغبة الناس التی تکون بها زیادة القیمة و نقصانها، فهذا النحو من التساوی غیر حاصل، حتی فی افراد الصنف الواحد، و ان أرید من التساوی التقارب بین تلک الافراد فی تلک الجهات. فهذا حاصل فی افراد الصنف من القیمیات ایضا کاصناف الغنم و البقر و غیرهما من الحیوان مع کونه قیمیا عندهم.

نعم التقارب کذلک فی أصناف القیمی قلیل، و فی أصناف المثلی کثیر و لکن القلة و الکثرة تصلحان لملاک الحکم بضمان القیمة فی الأول و بضمان المثل فی الثانی و لا توجبان کون التعریف المزبور مانعا عن الغیر، و بالجملة فالتعریف المزبور للمثلی شامل للقیمی أیضا.

(۲) أی باعتبار تقارب افراد القیمی أیضا فی الصفات الموجبة للمالیة، یجوز السلم فی القیمی، حیث یعبر فی السلم ان لا یکون توصیف المبیع موجبا لندرة وجوده.

(۳) و هذا ایضا استشهاد لما ذکره من ان تقارب الافراد فی الجهات الموجبة للمالیة لا یختص بالمثلیات، و بیانه أنه لو کان تقارب الافراد فیها، مختصا بها، لم یکن للعلامة الحکم علی القیمی فی السلم بأنه مضمون فی مورد القرض بالمثل،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۷

فعن التحریر ما تماثلت اجزائه (۱) و عن الروضة انه المتساوی الاجزاء (۲) و عن غایة المراد انه ما تساوی اجزائه (۳)

و الحاصل حکمه (ره) بان ما یصح فیه السلم من القیمیات، إذا وقع مورد القرض، یکون مضمونا بالمثل، فرض لوجود المثل للقیمی.

(۱) لا یخفی ان هذا مثل التعریف السابق، فان تماثل الافراد و تقارب صفاتها یکون فی المثلیات، و القیمیات، و لو باعتبار افراد الصنف، و بعبارة أخری ان أرید التماثل من جمیع الجهات، فلا یعم التعریف جمیع المثلیات، و ان أرید التقارب فیها، فیشمل القیمیات ایضا.

(۲) و هذا بظاهره أخص من التعریف المتقدم، حیث أخذ فیه مع تساوی الافراد، تساویها فی المنفعة، و تقاربها فی صفاتها، اللهم الا ان یقال تقیید التساوی فی التعریف المتقدم بالقیمة فی قوة ذکر تساویها فی المنفعة، و تقاربها فی الصفات، و علیه فیرد علی هذا التعریف ما أورد به علی سابقیه.

(۳) و هذا أعم من التعريف المتقدم، حيث ان هذا يعم جميع المثليات و القيميات، فإن الأفراد فيهما مشتركة في الحقيقة النوعية، كما ان ما ذكره بعض العامة من ان المثلى ما قدر بالكيل و الوزن، غير تام، فان التقدير بهما ربما يكون في القيمى، كبعض الفواكه، و التقدير بالعد ايضا يكون في المثلى كالثوب، و مثله ما عن بعض آخر منهم، من جواز بيعه سلما، فإن القيمى أيضا يجوز بيعه سلما فيما لا يكون التوصيف موجبا لندرة وجوده، و كذا ما عن ثالث منهم من اضافة بيع بعضه ببعض، فان جواز هذا البيع لا يختص بالمثليات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۸

فلا بد من ملاحظة ان الأصل الذى يرجع (۱)

أقول الأظهر ان يقال ضمان التالف اما بالمثل أو القيمة و الأول- في موارد عدم ندرة المثل للتالف غالبا و الثاني- في موارد ندرته كذلك، و المراد بالمثل هو القريب الى التالف في الأوصاف التي تكون بها المالية أو زيادتها، لا سائر الخصوصيات التي قد يتعلق غرض شخصي بالشيء باعتبارها، و ربما يزيد بها الثمن عند شرائه، و لكن لا تكون الخصوصية المزبورة منظورة مقصودة للعقلاء الراغبين في الشيء المزبور.

و لو أحرز ان المال بالإضافة إلى التالف كذلك، و لم يكن وجوده عزيزا نوعا، بحيث لا يعد الظفر به من الاتفاق، فالمال مثلى و في صورة عزة وجوده و ندرة الظفر به فالمال قيمى، كبعض الجواهر فلو تراضى المالك و الضامن في الأول على القيمة فهو، و الا فلا يستحق المالك غير المطالبة بالمثل، كما أنه في الثاني لا يستحق إلا المطالبة بالقيمة، و ليس له إلزامه بدفع المثل، و ان اتفق تيسر تحصيله فإن عمدة الدليل على الضمان في مورد الكلام سيرة العقلاء و مقتضى سيرتهم في موارد ضمان التلف و الإتلاف ما ذكرنا فلاحظ.

(۱) أقول مقتضى القاعدة في مورد دوران التالف بين المثلى و القيمى، هو تخيير الضامن، و بيان ذلك ان العلم الإجمالى الحاصل للضامن يكون ذمته مشغولة إما بالمثل أو القيمة و ان كان من قبيل العلم الإجمالى بالتكليف بين المتباينين، الا انه لا ينبغى الريب في انه لا يجب على الضامن دفع المثل أو القيمة معا، لعدم وجوب هذا الاحتياط في الماليات، و ليس دوران الأمر بين استحقاق المالك القيمة أو المثل من دوران الأمر بين الأقل و الأكثر، بأن يكون الثابت في ذمته مطلق مالية التالف أو ماليته في ضمن المثل ليكون دفع المثل احتياطا، و دفع القيمة عملا بأصالة البراءة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۹

....

و ذلك لان المراد بالمالية في المقام، ليست هى القيمة في ضمن أى شيء، بل بالنقود المتعارفة للاثمان، كالدراهم، و الدنانير، و دوران الأمر بين القيمة كذلك و بين المثل من قبيل المتباينين، و بعد فرض عدم وجوب الموافقة القطعية في المقام بدفع القيمة و المثل معا، تصل النوبة إلى الموافقة الاحتمالية، باعتبار العلم بعدم جواز إهمال الموافقة رأسا.

لا يقال كيف يجوز للمالك أخذ ما يختاره الضامن، حيث يحتمل ان يكون المدفوع اليه غير ما يستحقه.

فإنه يقال دفع الضامن واحدا من المثل أو القيمة باعتبار انه اما عين ما يستحقه المالك عليه أو عوض عنه، فيجوز للمالك أخذه، اما لانه عين ماله أو بدله بجعل الضامن مع ان للمالك أخذه تقاصا من ماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن لان الضامن لا يدفع اليه ذلك المال.

و دعوى تخيير المالك فإنه مقتضى قاعدة الاشتغال الجارية في حق الضامن حيث ان المالك إذا رضى بالمثل فدفعه اليه مبرء لذمة الضامن قطعا فإنه ان كان عين ما يستحقه عليه فهو و ان كان ما يستحقه عليه هى القيمة فقد رضى المالك منها بالمثل على الفرض و

هذا بخلاف ما إذا رفع اليه غير ما اختاره فإنه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعة بأنه لم يتم دليل على وجوب تفريغ الذمة فى الفرض على الضامن لعدم تنجز التكليف المعلوم بالإجمال بوجوب موافقته القطعية و انما الثابت فى حقه فى الفرض لزوم الموافقة الاحتمالية، حتى لا يمنع الغير قطعا عما يستحقه عليه، و لذا لو طالب المالك بغير المثل أو القيمة فى الفرض بأن رضى عن عوض التالف المردد بين كونه مثليا أو قيميا بثوب الضامن مثلا فلا يجب على الضامن دفع الثوب المزبور بدعوى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۰

و ربما يناقش فى الآية بان مدلولها (۱).

انه يجب عليه تفريغ ذمته و ان التالف لو كان قيميا فقد رضى المالك من قيمته بالثوب، و ان كان مثليا فقد رضى به من المثل.

و بالجملة كما لا يجب على الضامن فى المقام الموافقة القطعية بدفعه القيمة و المثل معا كذلك لا يجب عليه تحصيل رضا المالك، بل الثابت فى حقه الموافقة الاحتمالية بل إذا أخذ المالك ما دفع اليه يحصل فراغ ذمة الضامن لما ذكرنا من كونه اما عين ما يستحقه أو بدله جعلا أو تقاصا من المالك و اما احتمال تخيير المجتهد فى الإفتاء بضمان المثل أو القيمة فى صورة تشاح الضامن مع المالك فلا دليل عليه بل لو قيل بجواز تخيير المجتهد فى الإفتاء فهو فى مورد تعارض الخبرين و تكافؤهما لا مثل المقام من موارد فقد النص و عدم وجوب الاحتياط فى الواجب الدائر بين المتباينين و عن السيد الخوئى (طال بقاه) انه يقرع عنه دوران التالف بين كونه مثليا أو قيميا أخذا بما دل على انها لكل أمر مشكل.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا اعتبار بالقرعة فى الشبهات الحكمية و منها المقام سواء كان أمكن فيها الاحتياط أم لا و لذا لم يذكر هو و لا غيره فى دوران الأمر بين المحذورين فى موارد الشبهة الحكمية تعين القرعة.

(۱) و لعل مراد القائل ان كلمة ما فى قوله سبحانه بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ مصدرية فيكون التقدير فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ مثل اعتدائه، مثلا إذا أتلف الغير مال أحد يجوز له إتلاف مال ذلك الغير و ان أخذ ماله فيجوز له أخذ مال ذلك الغير، و اعتبار المماثلة فى الاعتداء كذلك لا ينفع فى المقام، فان المهم فى المقام إثبات المماثلة فى المال المعتدى به و لو أتلف كتابه فالدعوى انه يجوز له أخذ ذلك الكتاب منه لا إتلاف كتابه عوضا هذا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۱

....

و لكن المناقشة غير تامة فإن صدر الآية قرينة على كون المراد المماثلة فى المعتدى به النفس بالنفس و العين بالعين و الاذن بالأذن الى غير ذلك و لا يعتبر المماثلة فى الاعتداء و لو قتله بالحرق أو الخنق فلا يكون القصاص الا القتل بالسيف لا بالحرق أو الخنق، و لعله (ره) أشار الى ذلك بقوله (و فيه نظر) و لكن مع ذلك لا دلالة للاية على الضمان حتى فى مورد الإتلاف عمدا فضلا عن التعدى إلى سائر الموارد و ذلك فان المراد بالاعتداء فى قوله سبحانه هى الجزاء على المعتدى بالكسر و إطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ما ورد فى بعض روايات الاستصحاب من قوله عليه السلام (و لكن ينقض الشك باليقين) فإن إطلاق النقض فى مورد الشك مع انه لا إبرام و لا استحكام فى الشك باعتبار المقابلة لليقين حيث يطلق فيه النقض لابرامه و استحكامه، فالمستفاد من الآية انه لو أتلف الغير مال أحد عدوانا يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المعتدى بان يتملك ذلك المثل من المعتدى بالأخذ منه و لو بالمقاصة أو قهرا عليه و المناسب لذلك إرادة المماثلة و لو فى المقدار فقط و من الظاهر ان جواز أخذ هذا المثل لا يرتبط بضمان المعتدى المثل بالمعنى المتقدم أو القيمة بالنقود المتعارفة، بل لا يرتبط بأصل الضمان أيضا بأن يكون المعتدى عليه مالكا على ذمة المعتدى المال، فإنه يمكن الالتزام بجواز الأخذ من مال المعتدى و تملكه و لو قهرا عليه نظير تملك اللقطة من دون اشتغال ذمة المعتدى كما

لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۲

کما فی المثالین المتقدمین (۱).

کما فی المثال الثالث (۲) فحاصل الکلام ان ما اجمع علی کونه مثلیا (۳).

---

(۱) ای مثال الإتلاف من الکرباس المنسوخة بنحو واحد و مثال إتلاف عبد و له بذمة مالکه عبد موصوف بصفات التالف. أقول- قد مر أن وجدان المثل نادرا بحیث یکون الظفر به من المصادفة و الاتفاق، لا یعتبر عند العقلاء، فدعوی انصراف إطلاق الضمان إلیه فی بعض ما ورد فی التلف و الإتلاف ضعیفة.

(۲) أی ما إذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصانا فاحشا بتنزل القیمة السوقیة، حیث ان مقتضی العرف و الآیة تعین قیمة التالف عند تلفه، مع ان المشهور علی ضمان التالف بالمثل.

(۳) و الوجه فی تعین الضمان بالمثل فی مورد التسالم علی کون التالف مثلیا و فی تعین الضمان بالقیمة فی مورد التسالم علی کونه قیمیا، هو الأخذ بالإجماع فإن مقتضاه الضمان فی المثلی بالمثل حتی فیما إذا نقص مالیة التالف بتنزل القیمة السوقیة.

و یشهد لذلک مع الإجماع المشار الیه الخبر الوارد فی ان اللازم علی من علیه دراهم و أسقطها السلطان و زوج غیرها هی الدراهم الاولی «۱» حیث ان إسقاطها یوجب تنزل قیمتها. لا سقوطها عن المالیة رأسا لکون موادها فضة، و لکنه مع إمکان الخدشة فی سنده معارض بغیره مما یدل علی ان علی المدیون الدراهم التی روجها السلطان بعد إسقاط الاولی.

---

(۱) الوسائل- الجزء (۱۲) الباب (۲۰) من أبواب الصرف.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۳

ذکر القواعد انه لو لم یوجد (۱).

و فی موارد عدم التسالم یرجع الی المستفاد من آیة الاعتداء و منصرف إطلاق الضمان فتکون النتیجة الضمان بالمثل مع عدم السقوط أو النقص عن مالیته و مع أحدهما یکون المتعین هی القیمة کما مر بیانه فی تقریر النسبة بین مفاد الآیة و منصرف الضمان و بین ما علیه المشهور.

أقول قد ذکرنا ان الأظهر فی مورد تردد التالف بین کونه مثلیا أو قیمیا هو تخییر الضامن، فان اشتغال ذمته بواحد من المثل أو القیمة و ان یکون من قبیل دوران الواجب بین المتباینین، الا ان التکلیف الواقعی لا یجوز عقلا مخالفته القطعیة.

و اما موافقة القطعیة فغیر لازمة فی الفرض، لحکومة قاعدة نفی الضرر علی التکلیف الواقعی فی فرض بقائه بعد أداء الضامن أحد الأمرین من المثل أو القیمة لأنه یجب عقلا مع بقاء التکلیف أداء الآخر، و حیث لا یعلم بقائه فیجتمع عند المالک المثل أو القیمة معا، و هذا ضرر علی الضامن، و لا یکون انتفاء التکلیف بقاعدة الإضرار منافیا للامتنان علی المالک، لان الضرر علی المالک یکون بحسب المالیة و المفروض ان مالیة التالف متدارک بالمثل أو القیمة.

(۱) قال فی القواعد انه لو لم یوجد المثل إلا بأکثر من ثمن المثل ففی وجوب الشراء تردد انتهی و ذکر المصنف (ره) صورتین: الاولی- ما إذا کانت زیادة قیمة المثل باعتبار تغییر القیمة السوقیة و اختار فی هذه وجوب تحصیل المثل، فإنه مقتضی عموم ما دل علی ضمان المثلی بالمثل کآیة الاعتداء، بل لیس فی هذا اشکال و لا خلاف.

و ما ذکر فی القواعد من التردد لا یعمها، فان المثل فیها یوجد بقیمته السوقیة و بثمن المثل، و یؤید الحکم ما ورد فی ضمان المثل فی

الدراهم التى أسقطها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۴

ثم انه لا فرق جواز مطالبة المالك (۱).

السلطان، لان الدراهم باعتبار كون موادها فضة لا تسقط عن المالية بسقوط سكتها عن الاعتبار و لكن تنقص به ماليتها و إذا كان ضمان المثلى بالمثل مع نقص قيمته، كان ضمانه به مع زيادتها أيضا لأن احتمال الفرق بعيد.

الصورة الثانية ان لا- تكون زيادة فى قيمته السوقية بل الزيادة باعتبار قلة وجود المثل و عدم وجدانه الا عند من يعطيه إلا بالزيادة و ظاهر عبارة القواعد هذه الصورة و ذكر (ره) ان الأقوى فى هذا الفرض ايضا تحصيل المثل أخذا بما ذكر فى الوجه السابق من كونه مقتضى الآية و منصرف إطلاق الضمان.

أقول لا يبعد القول بانتقال الأمر إلى قيمة المثل أو الصبر الى ان يوجد المثل بقيمة السوقية فإن تكليف الضامن بتحصيل المثل و لو بأضعاف قيمته السوقية يكون احجافا و ضررا عليه و بعبارة أخرى الزائد على القيمة السوقية بشراء المثل بأضعاف قيمته ضرر على الضامن فينفى وجوبه بقاعدة لا ضرر كما ينفى به وجوب شراء الرقبة أو الهدى بأضعاف قيمتها.

و دعوى اقدام الضامن على الضمان فلا يعمه قاعدة اللاضرر مدفوعة بأن إقدامه على الضمان بالمسمى لا يكون اقداما على الضرر المزبور نعم فى جريان ما ذكر فى الغاصب تأمل كما انه لو أقدم الضامن بشراء المثل و تحمل الضرر فللمالك المطالبة بالمثل.

(۱) قد ذكرنا سابقا فى بيان المثلى انه ليس المأخوذ فى المثل جميع خصوصيات التالف بل الخصوصية التى لها دخل فى المالية أو زيادتها و نقصانها و عليه فلو كان قبض التالف فى مكان يكون العين فيها أرخص بكثير من مثلها الموجود فى بلد آخر يكون خصوصية كونها فى بلد التالف مأخوذا فى مثلها و لو طالب المالك الضامن فى بلد آخر يكون المطالب به هو المثل فى بلد التالف فعلى المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۵

فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة (۱).

الصبر الى دفع المثل فى ذلك البلد أو الأخذ فى بلد المطالبة بقيمة المثل الموجود فى بلد التالف.

و هذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد فى القيمة بالفاحش و اما مع عدمه فلا يؤخذ فى المضمون خصوصية بلد القبض أو غيره فيكون للمالك المطالبة بالمثل فى كل بلد لا يختلف مع بلد التالف فى القيمة.

(۱) يقع الكلام فى المقام فى جهتين الاولى جواز مطالبته المالك مع تعذر المثل بالقيمة و الثانية تعيين القيمة التى يستحق المالك المطالبة بها و ذكر المصنف (ره) فى الجهة الاولى ان جواز مطالبة المالك بقيمة المثل مقتضى الجميع بين أمرين حق المالك فى عدم جواز منعه عن وصوله الى حقه و عدم إلزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه أو كون تحصيله حرجا عليه مع ان المستفاد من آية الاعتداء جواز مطالبة القيمة مع تعذر المثل حيث ان القيمة مع تعذر المثل تعد مثلا فلا يكون أخذها اعتداء بالأزيد.

أقول يرد على الأول بان ما على الضامن هو المثل فلا يجوز منع المالك عن ماله المفروض كونه مثلا لا عن القيمة بالنقود التى تعد بالإضافة إلى المثل من المتباينين لا الأقل و الأكثر و آية الاعتداء لا دلالة لها على المثل المطلوب فى المقام كما مر سابقا و ذكر السيد الخوئى طال بقاه ان للمالك حق المطالبة بالخصوصيات و الجهات الموجبة للمالية فى المال المفروض تلفه و إذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته بأصل مالية التالف فله ذلك و لذا لا يجب على المالك قبول القيمة عند تعذر المثل و ليس للضامن إلزامه بأخذها بل له الصبر الى حين وجدان المثل و فيه ما تقدم من ان إعطاء المالية بالنقود أمر مباين لأداء المثل و حق المالك هى المطالبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۶

و يؤيد ما ذكرنا (۱)

بالثانى دون الأول و لذا لا يجب فى المثلى إعطاء القيمة مع مطالبة المالك بها و وجود المثل خارجا و لو كان المطالبة بالجهات و الخصوصيات مجرد حق المالك لكان اللازم على الضامن إعطاء القيمة مع التمكن على المثل و الصحيح ان جواز مطالبة المالك المثل بقيمته عند تعذره أو تعسره بسيرة العقلاء الجارية فى موارد الضمانات حيث ان بنائهم على ان للمالك حق المطالبة بالقيمة أو الصبر الى وجدان المثل و لم يردع الشرع عن ذلك.

(۱) يعنى يؤيد ان المطالبة بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك و ليس للضامن إجباره على أخذها ما عن الأكثر فى باب القرض ان المعتبر فى المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة فإن هذا الكلام يشير إلى انه لو لم يطالب المالك لما تعين دفع القيمة.

نعم ذكر بعضهم ان المعتبر فى المثل المتعذر قيمته يوم الدفع و لا- إشارة فى ذلك الى كون المطالبة حقا للمالك و ليس للضامن إجباره على أخذ القيمة و ذكر (ره) فى الجهة الثانية ان المثل لا يسقط عن عهدة الضامن بمجرد تعذره بل المثل المتعذر كالدين فى عدم سقوطه عن عهدة المديون بعدم تمكنه على الأداء.

و لو كان تعذر المثل موجبا لسقوط المثل و اشتغال الذمة بالقيمة لكان المتعين قيمة المثل يوم تعذره فإنه يوم الانتقال إلى القيمة و يترتب على بقاء المثل على عهدة الضامن انه على تقدير مطالبة المالك يتعين قيمة المثل يوم الدفع حيث ان دفعها دفع للمثل بماليته و لكن أورد (ره) على بقاء المثل فى العهدة بان آية الاعتداء و انصراف الضمان الوارد فى بعض الموارد مقتضاهما انقلاب العهدة بتعذر المثل إلى القيمة حيث ان مقتضاهما تعين أداء أقرب الأموال التالف و كما تكون القيمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۷

....

أقرب الأموال إلى التالف عند تعذر المثل من أول الأمر كذلك تكون أقرب الأموال إليه بالتعذر فيما بعد و التفرقة بين تعذر المثل من الابتداء و طريان التعذر عليه فيما بعد تحكم.

أقول المثل للتالف على ما تقدم عبارة عن البدل الذى يقارب التالف فى الجهات التى كانت موجبة لماليته أو زيادتها أو نقصانها و يقال للتالف المثلى فيما إذا كان وجدان البدل له كذلك نوعيا و لا يعتبر كونه دائميا كما انه يقال للتالف القيمى باعتبار كون البدل له كذلك نادرا لا نوعيا.

و عليه ففى مورد تلف المثلى فى اليد أو إتلافه يكون اشتغال الذمة بالمثل و لو كان المثل متعذرا لما ذكرنا من ان الاعتبار فى اشتغال الذمة بالمثل وجدانه نوعا لا دائما و إذا كان الحال فى التعذر من الابتداء كذلك فطريان التعذر فيما بعد لا يزيد على ذلك و لا يوجب سقوط المثل على العهدة بل تبقى مشغولة به و لازمه أدائه بقيمة يوم الدفع حيث ان أدائها أداء للمثل بماليته.

و عن السيد اليزدى (طاب ثراه) ان نفس العين فى موارد ضمانها تكون على العهدة و لا يعتبر فى اشتغال الذمة بها التمكن على أدائها بلا فرق بين كونها قيمية أو مثلية و لا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل إلى العهدة فى المثلى و القيمة فى القيمى بل يكون إعطاء القيمة أداء للعين بماليتها كما فى القيمى أو مع بعض خصوصياتها كما فى المثلى و يشهد لذلك حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدى فإن ظاهره كون المأخوذ بنفسه على العهدة لا مثله و لا قيمته و على ذلك فيعتبر القيمة يوم الدفع حيث ان أداء القيمة المزبورة أداء للعين بماليتها.

أقول حديث على اليد لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مرو الضمان فى بناء العقلاء يكون باشتغال الذمة بالمثل أو القيمة و شاهد

ذلک ملاحظة مورد القرض فان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۸

ثم ان فی المسئلة احتمالات أخر (۱)

القرض فی حقیقته تملیک العین للآخر مع اعتبار اشتغال عهدة الآخر بمثلها أو قیمتها لا بنفس تلک العین حیث انها صارت ملکا للمقترض و لا یتفاوت الضمان فی اعتبار العقلاء بین مورد القرض و سائر موارده من موارد الإتلاف أو التلف.

(۱) ذکر فی القواعد فی المثلی المتعذر مثله احتمالات و عن ولده فی الإیضاح تقویة بعضها و عن بعض الشافعیة بعضها الآخر. و أضاف المصنف ره إلیها بعض الاحتمالات الأخری مع الإشارة إلی مبانیها و الاحتمالات کما تلی: الاحتمال الخامس- علی ما فی القواعد هو اعتبار قیمة المثل یوم تفریغ الذمة و هذا مبنی علی بقاء المثل علی العهدة و عدم سقوطه بالإعواز أی تعذره و الاحتمال الثانی- فی کلام القواعد مبنی علی انقلاب المثل إلی القیمی بالتعذر مع ضمان أعلی قیم المثل من زمان ضمانه یعنی زمان تلف العین الی زمان تلف المثل و هو زمان إعوازه و تعذره و لو قیل فی القیمی بقیمة یوم الضمان تعین قیمة المثل یوم تلف العین فان زمان تلفها زمان ضمان المثل کما انه لو قیل فی القیمی بکون العبرة بزمان التلف فالعبرة بقیمة المثل یوم إعوازه فإنه زمان تلف المثل.

و الاحتمال الأول فی کلام القواعد مبنی علی انقلاب العین التالف إلی القیمی بعد کونها مثلیا فیعتبر أعلی القیم من یوم غصب تلک العین الی زمان تلفها و یحتمل ضمان یوم غصبها.

أقول فات عن المصنف (ره) اضافة احتمال قیمة یوم تلف العین.

و الاحتمال الثالث فی کلام القواعد مبنی علی انقلاب الجامع بین العین التالفة و المثل المتعذر إلی القیمی و المراد ضمان المالیة التی تحصل بالعین و المثل فیجری احتمال ضمان أعلی القیم من زمان غصب العین الی زمان تعذر المثل و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۹

و حاصله ان وجوب دفع قیمة المثل یعتبر (۱) فاعلم ان المناسب لإطلاق کلامهم (۲)

إعوازه.

و الاحتمال الرابع مبنی علی ضمان الجامع بین المثل و العین التالفة مع عدم تبدل المثل إلی القیمة مع التعذر بل یبقی المثل علی العهدة إلی زمان دفعه بالقیمة و لذا لو صبر المالک الی وجدان المثل استحقه.

(۱) یعنی یعتبر فی القیمة المدفوعة علی الاحتمال الرابع أعلاها من زمان وجوب دفع المثل و هو زمان مطالبة المالک بالقیمة إلی زمان حدوث ضمان العین أی زمان غصبها فیعتبر دفع أعلی القیم المفروضة فی هذه المدة و لا یخفی ان مقتضی ذلک اعتبار أعلی القیم من زمان غصب العین الی زمان مطالبة المالک لا الی زمان دفع القیمة کما هو المدعی و لعل (ره) أشار الی ذلک بقوله فافهم.

(۲) هذا تعرض للصحیح من الاحتمالات المتقدمة و حاصله ان مقتضی الالتزام ببقاء المثل علی العهدة حتی بعد تعذره هو قیمة یوم الدفع و مقتضی آیة الاعتداء و انصراف الضمان إلی أقرب الأموال إلی التالف هو صیرورة نفس التالف قیمیا عند تعذر المثل فیکون الاعتبار بقیمة العین التالفة یوم إعواز المثل إذ قبل ذلک الیوم کانت العین التالفة مثلیة و لا یعتبر القیمة فی المثلی و علی مسلک أعلی القیم یکون الاعتبار بأعلی القیم من زمان ضمان العین إلی صیرورة تلک العین قیمیة.

و الی ذلک أشار المصنف (ره) بقوله (و لو قلنا بضمان القیمی بأعلی القیم إلخ) یعنی بناء علی اعتبار أعلی القیم من زمان غصب العین الی زمان تلفها توجه فیما نحن فیه ضمان اعلم القیم من حین ضمان العین التالفة أی من زمان غصبها الی زمان إعواز مثلها و الوجه فی حساب أعلی القیم الی زمان إعواز المثل مع فرض تلف العین قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۰

و يقال على المحقق المذكور (۱)

ذلك ما أشار (ره) اليه بقوله (كما أن ارتفاع القيمة إلخ) يعنى كما ان زيادة القيمة قبل تلف العين مضمونة بشرط تعذر رد العين حيث ان مع رد العين لا يضمن الغاصب شيئا حتى لو كانت قيمتها زمان ردها عشر قيمتها يوم غصبها و بتعبير آخر أداء العين برد نفسها متدارك (بالكسر) ارتفاع القيمة السوقية فكذلك رد المثل فى المثليات متدارك (بالكسر) ضمان ارتفاع القيمة من يوم غصب العين الى زمان تلفها و بالجملة ارتفاع القيمة فى المثلى مضمون بشرط عدم رد العين و عدم رد المثل فيكون رد المثل متداركا لارتفاع القيمة فى المثلى و إذا تعذر المثل يكون الارتفاع مضمونا مطلقا فيعتبر قيمة العين الى هذا الزمان باعتبار ان العين و لو كانت تالفة قبل ذلك الا ان كونها قيمية حدثت فى الزمان المزبور.

هذا مع القول بانقلاب المثلى إلى القيمى بتعذر المثل و اما بناء على بقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره يكون زيادة القيمة مضمونة الى زمان تفريغ الذمة بدفع القيمة.

أقول لا يخفى بناء على صيرورة العين التالفة قيمية و كون الاعتبار فى القيمى بيوم التلف يكون اعتبار القيمة يوم إعواز المثل و لكن المعتبر قيمة يوم تلف العين كما انه لو قيل فى القيمى بالقيمة يوم الغصب يكون المعتبر بعد إعواز المثل تلك القيمة و على أعلى القيم يكون المعتبر أعلاها من زمان غصب العين الى زمان تلفها.

و بالجملة اشتبه على المصنف (ره) ظرف الاعتبار بظرف المعتبر.

(۱) ذكر المحقق الثانى انه لو كان المثل متعذرا عند تلف العين يتعين قيمة زمان التلف انتهى أى قيمة العين زمان تلفها و بعبارة أخرى تكون العين المزبورة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۱

ثم ان المحكى عن التذكرة ان المراد بالإعواز (۱).

كسائر القيميات و لا- يكون فى الفرض اشتغال الذمة بالمثل و بقائه على الذمة إلى زمان أدائه بماليتها كما ذكروا فى صورة طريان تعذر المثل فى الأثناء فيقال عليه بان لازم ذلك انه لو كان المثل عند تلف العين متعذرا و وجد بعد ذلك فلا يكون للمالك حق مطالبة المثل لان المفروض حدوث الضمان بالقيمة من الأول كسائر القيميات و لكن الإيراد غير صحيح لان للمحقق الثانى ان يلتزم بصيرورة العين بوجدان المثل مثليا كسائر المثليات بعد كونها قيمية و لعله الى ذلك يشير المصنف (ره) بقوله و فيه تأمل الى فى الإيراد على المحقق بما ذكر تأمل.

(۱) أقول قد ذكرنا اشتغال الذمة بالمثل فى المثلى حتى عند التعذر من الابتداء أو فى الأثناء غاية الأمر مع التعذر يسقط حق المالك عن المطالبة بالمثل فعلا- الا- بماليته و على ذلك فان كان فى البين تعذر أداء المثل بالإضافة إلى الضامن أو كان تحصيله حرجا أو إجحافا عليه فمقتضى قاعدة اللاحرج أو اللاضرر سقوط حق المالك فعلا عن المطالبة بالمثل الا بقيمته و لو لم يكن ذلك فمقتضى حرمة مال المسلم و ما دل على وجوب أداء الدين وجوب دفع المثل فلا يتم ما ذكره فى التذكرة من ان المراد بإعواز المثل عدم وجدانه فى البلد و ما حوله و ما عن جامع المقاصد من الرجوع فيه الى العرف فان مع مطالبة المالك بالمثل و تمكن الضامن عليه بلا حرج أو إجحاف فعليه رد المثل سواء كان فى العرف إعواز أم لا- فإن العبرة بتمكن شخص الضامن لا- إعوازه فى العرف كما هو الحال فى سائر التكاليف المشروطة بالتمكن و على ذلك فلو لم يكن مثل التالف الا عند الضامن فقط فعليه رده على المالك مع مطالبته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۲

ثم ان فى معرفة قيمة المثل (۱).

ثم انك قد عرفت ان للمالك (۲).

---

(۱) قد تقدم ان المثل مع وجوده يتعين دفعه سواء كان عزيز الوجود أم لا نعم لا بد من كونه بحيث يباع بالقيمة السوقية و الا تكون الوظيفة دفعه بقيمته السوقية كما إذا كان عند من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته السوقية و تقدم ان الميزان فى قيمة المثل يوم الدفع فيتعين فى الفرض إعطاء قيمته السوقية التى حال عزة وجوده و اما إذا لم يكن للمثل وجود أصلا فلا بد فى تعيين قيمته السوقية من فرض وجوده فى السوق ثم دفع القيمة و لا موجب فى حساب قيمته فرض عزة وجوده فان مع وجود المثل يكون رده موجبا لارتفاع الضمان و لو كانت له فى الأول عزة الوجود و باعتبارها كانت قيمته السوقية أزيد و عند دفعه لم يكن بتلك العزة و كان فى قيمته نقصان و إذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه فى فرض عزة الوجود له فى دفع ماليته يوم لا يكون فيه فى السوق مثل أصلا.

و بعبارة أخرى لا يوجب أمر دفع الأزيد لقيمة المثل فى الفرض الا ان يكون ذلك للاحتياط أو استصحاب عدم فراغ العهدة بدفع الأقل فتدبر.

(۲) و حاصله ان مع تعذر المثل فى بلد تلف العين و وجدانه فى بلد آخر يجوز للمالك المطالبة بالمثل فيه سواء كانت قيمة المثل فى ذلك البلد مساويا للمثل فى بلد الضمان أو زائدة عليها و هل مع تعذر المثل فى ذلك البلد للمالك المطالبة بقيمة ذلك البلد فيحتمل تعين قيمة بلد الضمان و قيمة المثل لبلد المطالبة و تخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبة بالأزيد منهما.

و عن الشيخ (ره) فى مبسوطه فى باب الغصب انه مع عدم المؤنة فى نقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۳

....

المثل الى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل و لو كانت القيمة فى بلد المطالبة أزيد و اما إذا كانت فى نقله إليه مؤنة يكون له المطالبة بها بشرط تساوى القيمتين و مع عدم تساويهما فلا يجوز له الا المطالبة بقيمة بلد التلف أو الصبر إلى أداء المثل بنفسه فيه.

أقول قد تقدم منع أصل الحكم الذى ذكره المصنف (ره) و انه مع وجدان المثل فى بلد المطالبة و تفاوت قيمته مع قيمة بلد التلف لا يكون الموجود فى بلد المطالبة مثلا ليستحق المالك المطالبة به و مع عدمه المطالبة بقيمته بل عليه الصبر الى وجدان المثل فى بلد العين أو المطالبة بقيمة المثل فى ذلك البلد و الى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ (ره) فى مبسوطه فى كتاب الغصب.

و بالجملة اختلاف البلاد فى قيمة الشيء باختلاف فاحش يوجب ان لا يكون الا زيد قيمة فى بلد مثلا للتالف فى بلد آخر نعم التفاوت فى القيمة فى بلد بحسب الأزمنة اى باعتبار الفصول غير معتبر كما إذا تلف المثلى فى زمان كانت قيمته أقل ثم زادت فإنه يجب فى الفرض أداء المثل و مع تعذره أدائه بقيمته يوم الأداء و لا عبرة باختلاف قيمته بحسب زمانى الضمان و الأداء.

نعم يعتبر بقاء أصل المالية فى المثل و لو سقط عن المالية رأسا أو كان كالساقط كالنقود المرسومة فعلا فإنها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفة و لا يكون رد العين موجبا لارتفاع الضمان فضلا عن أداء مثله.

و السر فى ذلك ان الضمان فى اعتبارهم فى الأشياء فى موارد التلف و الإتلاف باعتبار ماليتها و مع سقوط الشيء عن المالية يكون الشيء المزبور من القيميات التى يأتى الكلام فى كون العبرة فيها بالقيمة يوم الضمان أو التلف أو الأداء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۴

كالماء على الشاطى (۱).

لأن القیمهٔ بدل الحیلولهٔ (۲) و لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا (۳)

---

(۱) قد ذکرنا سابقا انه یؤخذ خصوصیهٔ المکان فی المثل فیما إذا کانت تلک الخصوصیهٔ دخیلهٔ فی المالیهٔ و علیه فالماء علی الشاطی لا یکون مثلا للتالف فی المفازهٔ لیتوهم ارتفاع الضمان بدفعه.

نعم لو کانت عین ذلک الماء موجودهٔ فیجوز دفعها ما لم تسقط عن المالیهٔ و بعد سقوطها عنها فیدخل فی فرض تلفها و علی ذلک فلا بد من إعطاء الماء الآخر فی المغازهٔ المزبورهٔ أو الإعطاء فی الشاطی بقیمته فی تلک المفازهٔ.

(۲) لاـ یخفی انه بناء علی تصویر بدل الحیلولهٔ فهو فی المقام غیر محتمل الا علی مسلک بقاء المثل علی العهدهٔ حتی بعد إعوازه لیکون دفع القیمهٔ من قبیل بدل الحیلولهٔ بین المالک و ماله و هذا بخلاف ما إذا قیل بالانقلاب إلی القیمهٔ سواء کانت القیمهٔ بدلا عن العین أو عن المثل فإنه علی الانقلاب یتعین حق المالک فی القیمهٔ و لا یکون مالکا إلا القیمهٔ التی تسلمها بعد تعذر المثل و لیس له حق آخر علی العهدهٔ لیقال بان له المطالبهٔ به.

(۳) الضمان فی القیمیات بمعنی اعتبار قیمهٔ التالف دینا علی عهدهٔ الضامن فی مقابل المثلی الذی یکون الدین علی عهدته هو المثل. و قد ذکرنا سابقا ان الاعتبار فی کون التالف مثلیا لیثبت المثل علی العهدهٔ وجدان المثل نوعا و لا یعتبر وجدانه دائما فلا یضر علی اعتبار المثل علی العهدهٔ عدم وجدانه أحیانا و یعتبر فی کون التالف قیمیا عدم وجدان المثل له نوعا و ان وجد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۵

....

أحیانا بحیث یکون الظفر علیه من الاتفاق.

و ما ذکر المصنف (ره) من ان المتیقن من إطلاقات الضمان الدالهٔ علی اعتبار القیمهٔ صورهٔ تعذر المثل لا یمکن المساعدهٔ علیه فان الشارع لم یتصرف فی طور الضمان فی المثلی أو القیمی و لا موجب لانصراف الإطلاق فی بعض ما ورد بضمان القیمهٔ إلی صورهٔ تعدر المثل کیف و قد جرت سیرهٔ العقلاء علی اعتبار القیمهٔ دینا فی مال لا یوجد له مثل نوعا.

و یقتضیه أیضا الإطلاق فی صحیحهٔ أبی ولاد الآتیهٔ الدالهٔ علی ضمان البغل بقیمته فإنها تعم ما إذا کان للبغل المفروض مثل أولا و کذا قوله (ع) فی روایهٔ عتق الحصهٔ من العبد المشترک و ما ورد فی ضمان الرهن بتفریط المرتهن.

و ما ذکر المصنف (ره) فی وجه اعتبار القیمهٔ فی القیمی مطلقا من الرجوع الی الإجماع ضعیف لعدم ثبوت إجماع و علی تقدیره فلیس من الإجماع التعبدی بحیث یحرز اعتمادهم علی أمر تعبدی قد وصل إلیهم و لم یصل إلینا بل الوجه عندهم هی السیرهٔ أو بعض الروایات المشار إلیها کما لا یخفی.

و قد ظهر ایضا ضعف ما نسب إلی الإسکافی و حکی عن الشیخ (ره) و المحقق فی الخلاف و الشرائع من اعتبار المثل علی العهدهٔ فی المضمونات مطلقا غایهٔ الأمر یکون دفع المثل بقیمته عند تعذره فإن السیرهٔ أو الروایات المشار إلیها کافیهٔ فی الظهور المزبور.

و عن السید الیزدی (ره) بقاء العین التالفهٔ علی العهدهٔ فی المثلی و القیمی و ان انتقال المثل أو القیمهٔ علی العهدهٔ لا أساس له بل یکون دفعهما موجبا لفراغ الذمهٔ عن عهدهٔ العین و ذکر ان هذا مقتضی حدیث علی الید ما أخذت حتی تؤدی و لیس فی الروایات ما ینافی ذلک اما فی الاخبار الدالهٔ علی الضمان فواضح فإنه لیس فیها دلالهٔ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۶

....

على اعتبار القيمة أو المثل على العهدة.

و اما الاخبار الدالة على القيمة فليست لها دلالة الا على وجوب دفع القيمة لا اشتغال الذمة بها كما فى صحيحة أبى ولاد أو الرواية الواردة فى تقويم العبد.

نعم فى سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهدة و الا لم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن و لكن و لم أعثر على هذا الخبر.

أقول قد تقدم دلالة صحيحة أبى ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها و يأتى بيانه تفصيلا عند التعرض لها كما ان ظاهر موثقة سماعة ضمان القيمة قال سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة و يضمن الثمن الذى أعتقه لأنه أفسده على أصحابه «۱» فإنه لو لا ضمان العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححا لضمان الثمن بالعتق الذى عبر عنه فى الموارد بالإفساد على المالك بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد و نحوها غيرها.

و فى موثقة ابن بكير قال سألت أبا عبد اللّه (ع) فى الرهن فقال ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن و ان كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن سواء فليس عليه شىء «۲» فان ظاهرها ضمان الرهن بالقيمة و لذا ذكر عدم ثبوت شىء على عهدة المديون أو المرتهن مع تساوى الدين و الرهن.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۶) الباب (۱۸) من أبواب العتق الحديث (۵).

(۲) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۷) من أبواب الرهن الحديث (۳).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۷

و ربما يورد عليه ان يوم التلف (۱)

---

(۱) الإيراد صحيح فان اشتغال الذمة بقيمة العين يحدث يوم تلفها و لكن القيمة التى تكون على العهدة قيمة ذلك اليوم أو غيرها فلا بد من معين و احتمال اشتغال الذمة بالقيمة بحيث يكون المعتبر فى كل زمان الى تفريغ الذمة قيمة العين فى ذلك الزمان حتى يتعين قيمة يوم الدفع مدفوع بأنه لا عبرة بالأزمنة بعد تلف العين و لذا لو سقطت العين عن المالية بعد ذلك بحيث لو كانت باقية لما كانت لها قيمة يتعين ايضا على الضامن دفع القيمة و لو كان المعيار بالقيمة يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالية فافهم.

و لكن مع ذلك لا- يلزم اعتبار قيمة يوم التلف بل يحتمل كون المعتبر فى زمان تلف العين قيمة يوم غصبها أو أعلى القيم من يوم دخولها فى الضمان الى زمان تلفها.

و بذلك يظهر ما فى قوله (ره) و مما ذكرنا ظهر ان الأصل فى ضمان التالف ضمانه يوم التلف إلخ فإنه كما ذكرنا ليس فى البين ما يقتضى كون المعتبر على العهدة من القيمة قيمة يوم التلف.

نعم حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر و لا يمكن إثبات قيمة ذلك اليوم بالسيرة العقلائية أيضا حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة بل لو ثبت قيمة يوم الغصب بصحيحة أبى ولاد الآتية فيمكن التعدى إلى سائر موارد الضمان فى القيميات اما باعتبار الاتفاق على عدم الفرق بين الضمان فى مورد الغصب و بين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلى (ره) أو انه لا- يحتمل إلغاء ضمان زيادة القيمة من يوم الضمان الى يوم التلف فى مورد الغصب و عدم إلغائها فى غيره.

و عن السيد اليزدى ره ان العبرة بقيمة يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۸

....

العهدة إلی فراغها و علی تقدیر الانقلاب یکون العبرة بیوم التلف فان ضمان قیمته علی القاعدة و لا دلالة لصحیحة أبی ولاد علی ضمان قیمته یوم الغصب و علی تقدیرها تکون مختصة بباب الغصب بل یمکن الاستدلال علی ضمان یوم التلف بما ورد فی تقویم العبد المشترک المعتق من بعض موالیه.

و فی صحیحة محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السّلام قال من کان شریکا فی عبد أو امة قلیل أو کثیر فأعتق حصته و لم یبعه فلیشتره من صاحبه فیعتقه کله و ان لم یکن له سعة من مال نظیر قیمته یوم عتق ثم یسعی العبد فی حساب ما بقی حتی یعتق «۱».

و فی صحیحته الأخری قضی أمیر المؤمنین علیه السّلام فی عبد بین رجلین فحرر أحدهما نصفه و هو صغیر و أمسک الآخر نصفه حتی کبر الذی حرر نصفه قال یقوم قیمة یوم حرر الأول و أمر الأول ان یسعی فی نصفه الذی لم یحرر حتی یقضیه.

و فیه ما تقدم فی دعوی کون قیمة التلف علی القاعدة و لا دلالة فی الروایتین علی اعتبار قیمة ذلک الیوم فان الضمان فیهما من جهة الإتلاف کما فی بعض الروایات المرویة فی ذلک الباب من تعلیل ضمان المعتق القیمة لباقی الشرکاء مع یساره بأنه لما أفسده علی أصحابه أو ضیعة علیهم و لا یختلف فیه حدوث الضمان و الإتلاف فی الزمان فیحتمل ان یکون تعیین قیمة یوم الإفساد باعتبار کونه زمان حدوث الضمان فلا یمکن استظهار قیمة یوم التلف فی الموارد التی یختلف فیها زمان حدوث الضمان عن زمان التلف کما فی التلف فی الید حیث یتحقق الضمان بوقوع المال فی الید و الاستیلاء علیه بنحو لا یکون المال أمانة مالکیة أو شرعیة و لا یکون الشخص مأذونا فی إتلافه مجانا قبل التلف.

---

(۱) وسائل الجزء (۱۶) باب (۳۴) من أبواب العتق.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۹

توجه الی النیل (۱).

مثل کراء البغل ذاهبا (۲).

لو عطب (۳).

أ لیس کان یلزم منی (۴).

ان الیوم قید للقیمة إما بإضافة (۵).

---

(۱) النیل قیل قریة بین البغداد و الکوفة.

(۲) الوجه فی حساب الذهاب من الکوفة إلی النیل و من النیل الی البغداد و حساب الرجوع من بغداد إلی الکوفة تفاوت اجرة المثل بالإضافة إلی الذهاب و الإیاب المفروضین.

(۳) عطب و نفق کضرب بمعنی هلک و مات و العقر بمعنی الجرح و الدبر بالتحریک قرحة الدابة.

(۴) من المجرد بمعنی یثبت علی.

(۵) لیس المراد إضافة القیمة الی کل من البغل و یوم المخالفة بحسب الترکیب الکلامی بل المراد إضافة القیمة إلی البغل، ثم اضافة البغل الی یوم المخالفة و لذا ذکر سقوط حرف التعریف من البغل للإضافة، و لو کانت القیمة مضافا و البغل مضافا الیه فقط لم یکن وجه لسقوط الالف و اللام عن الثانی.

و حیث ان المضاف إلیه یعنی یوم المخالفة لا یصح کونه قیدا للبغل، فان البغل لا ینسب إلی الأیام فیکون الیوم المزبور قیدا للمضاف إلی القیمة، فتنسب القیمة المنسوبة إلی البغل أولا إلی یوم المخالفة ثانیا و المعنی نعم یلزمک قیمة یوم المخالفة للبغل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۹۰

....

و هذا مراد من ذكر ان مقتضى الحديث الاعتبار فى الضمان بقيمة يوم الغصب و حدوث الضمان، دون يوم التلف أو أعلى القيم.

و قيل ان يوم المخالفة ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب يعنى لفظة نعم فإنها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله يلزمك اى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فيكون الجواب ناظرا لبيان حدوث الضمان يوم المخالفة و ان قبلها لم يكن ضمان لا ان المعتبر فى الضمان هى القيمة بحسب يوم المخالفة.

و أورد على ذلك المصنف (ره) ان هذا لا يناسبه ظاهر الرواية و لا الفهم العرفى بل هذا الاحتمال غير صحيح لأن السائل لم يسئل عن حدوث أصل الضمان بمخالفته لمقتضى الإجارة بل كان هذا معلوما عنده و انما سئله عما يلزمه على تقدير تلف الحيوان المفروض ضمانه.

أقول لم يظهر وقوع السؤال عن سائر الجهات بعد الفراغ عن أصل حدوث الضمان يوم المخالفة كيف و لو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن أصل الضمان لكان الأمر كذلك بالإضافة إلى ضمان الوصف ايضا مع انه (ره) تسلم ان قوله عليه السّلام عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه بيان لأصل الضمان بالإضافة إلى وصف الصحة و المعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و اما الأرش فتعيينه بحسب يوم الغصب أو التلف أو الرد فلا نظر له اليه.

و الصحيح ان يقال ان قيد يوم المخالفة راجع الى القيمة لا لأصل الضمان فإن القيمة لا يثبت على العهدة يوم المخالفة مع فرض بقاء العين بل ثبوتها على العهدة يكون زمان التلف و لا وجه لدعوى ان تقييد الضمان بيوم المخالفة للتنبيه بعدم الضمان بقيمة يوم التلف قبلها.

فإنه مضافا الى كونه خلاف الظاهر ينافيه الفقرة الثانية يعنى قوله عليه السّلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۹۱

و لكن يحتمل ان العيب قد تناقص (۱).

أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا حيث انه لا ينبغى الريب فى ان ظاهره كون حين اكترى قيدا للقيمة و سيأتى انه لا يختلف فى مثل مورد الرواية قيمة زمان الغصب عن قيمة يوم الاكتراء كما ان ظاهره كون المراد بالبغل الإشارة إلى المفروض فى السؤال فلا مورد لتوهم ان مدلول الرواية الضمان بقيمة طبيعى البغل.

(۱) الظاهر ان مع تناقص العيب أو برء الحيوان لا يكون ضمان فإنه لم يتلف على المالك شيء ليكون على الضامن تداركه و لم أظفر على الفتوى التى أشار إليها من ضمان العيب حتى مع برء الحيوان و رده الى مالكه سالما.

و الحاصل يحتمل كون الظرف يعنى يوم ترده ظرفا للعيب و قيدا له بل هذا الاحتمال أظهر فإنه لو كان الظرف متعلقا بعليك لكان ذكره بلا فائدة مع ان تعلقه بالعيب يوافق ما عليه بناء العقلاء من عدم ضمان مع رد العين كما كانت عليه زمان الأخذ و الاستيلاء عليها و لو مع تخلل العيب بين الأخذ و الرد.

لا يقال لو كانت قيمة العين يوم غصبها عشرة دراهم ثم زادت و صارت معيبها عشرين و صحيحها خمسين فيكون على الضامن ثلاثون درهما فإنها تفاوت قيمة العيب الموجود حال الرد و هذا لا يحتمل بان يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشرة دراهم و على تقدير عيبها ثلاثون درهما.

فإنه يقال اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمة زمان الرد بل مقتضى تبعية ضمان الوصف لضمان العين ان

یکون علی الضامن فی الفرض ستهٔ دراهم من عشرهٔ دراهم بان یکون تقویم العیب الموجود حال الرد بحسب قیمهٔ یوم الغصب و حیث ان التفاوت بین الصحیح و المعیب ثلاثون درهما یعنی ثلاث أخماس قیمهٔ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۲

و یکون السر فی التعبیر بیوم المخالفهٔ (۱).

الا ان یقال (۲).

و یؤیده أیضا (۳).

العین صحیحا فیؤخذ بذلک من قیمهٔ یوم الغصب.

(۱) یعنی ان یوم المخالفهٔ قید للقیمهٔ و لکن القید لیس للاحتراز عن قیمهٔ یوم التلف بل للاحتراز عن قیمهٔ یوم الاشتراء حیث یکون المرتکز فی ذهن مثل صاحب البغل مطالبهٔ الضامن بقیمهٔ شراء البغل بزعم انه المبلغ الذی خسره.

و بعبارهٔ أخری یوم المخالفهٔ قید احترازی للقیمهٔ و لکن لا مطلقا بل بالإضافهٔ إلی قیمهٔ یوم الشراء.

(۲) یعنی یقال فی تأیید ان الاعتبار بقیمهٔ یوم الغصب و وجه التأیید ان ذکر یوم الاکتراء لیس من جههٔ عدم الاهتمام بیوم المخالفهٔ فی تقویم العین بل للتنبیه بطریق سهل إلی معرفهٔ قیمهٔ یوم المخالفهٔ للبغل المفروض فی الروایهٔ و ان اقامهٔ البینهٔ علی تلک القیمهٔ کتعیینها بالیمین سهل حیث ان البغل المزبور یکون یوم الاکتراء بمرأی و مشهد من الناس و المکارین و لا یتفاوت عادهٔ قیمته الی یوم المخالفهٔ التی یکون الفصل بینها و بین یوم الاکتراء بیوم أو أقل منه.

(۳) یعنی یؤید عدم العبرهٔ بیوم المخالفهٔ فی ضمان القیمهٔ ظاهر قوله علیه السّلام فی الجواب عن کیفیهٔ معرفهٔ القیمهٔ بکون الحلف علی القیمهٔ حقا لصالب البغل فإنه یصح ذلک بناء علی اعتبار قیمهٔ یوم التلف دون ما إذا کان الاعتبار بیوم المخالفهٔ فإنه إذا أحرزت القیمهٔ قبل یوم التلف و کان دعوی الضامن نقصانها عن تلک القیمهٔ یوم تلف العین فیتوجه الیمین الی صاحب البغل باعتبار کونه منکرا لدعوی النقصان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۳

....

کما ان اقامهٔ صاحب البغل البینهٔ فیما إذا کان اختلافهما فی قیمهٔ البغل بلا اتفاق سابق أقول التأیید علیل فإنه یمکن توجیه توجه الیمین الی صاحب البغل مع کون الاعتبار بقیمهٔ یوم الغصب کما إذا اتفقا علی قیمهٔ البغل سابقا کقبل غصبها بشهر و کان دعوی الضامن نقصان القیمهٔ یوم اکترائه و غصبه بل الظاهر من الحلف هو الحلف المتعارف عند عامهٔ الناس الذی یرضی به المحلوف له ابتداء وردا.

و المتحصل من جمیع ما ذکرنا ان قوله علیه السّلام فی الجواب عن السؤال عن تلف الدابهٔ یرجع الی انه لو عطب البغل و نفق فعلیک قیمهٔ یوم المخالفهٔ للبغل و حیث ان ظاهر القضیهٔ الشرطیهٔ کون الجزاء مقارنا لتحقق الشرط کما هو شأن الشرط المقارن یکون مفادها حدوث الضمان بالقیمهٔ عند فعلیهٔ التلف لا حدوثه یوم المخالفهٔ فإن یوم المخالفهٔ قید للقیمهٔ علی ما تقدم فیکون الاعتبار بقیمهٔ یوم الضمان مطلقا إلحاقا للضمان فی غیر مورد الغصب بالغصب بالتقریب المتقدم.

و اما احتمال ان یکون الجواب بنعم نفیا لما فرض فی السؤال انه لا یضمن البغل بقیمهٔ یوم المخالفهٔ علی ما افتی به أبو حنیفهٔ إذ لو کان الجواب إثباتا لذکر الجواب بکلمهٔ بلی علی ما ذکره علماء الأدب فلا یمکن المساعدهٔ علیه فان العرف العام لا یفرقون بین الجواب بنعم أو بکلمهٔ بلی فی استعمالاتهم و انما یراعی ما ذکر فی الکلام الفصیح کالکتاب المجید و الاخبار الواردهٔ فی بیان الأحکام هی علی طبق الاستعمالات فی العرف العام و لم یلاحظ فیها إعمال الفصاحهٔ و رعایهٔ البلاغهٔ.

و قد ذکر الفقهاء فی باب الإقرار انه لا فرق بین الجواب بنعم أو بلی فی العرف العام فی حمله علی الإثبات کما لو سئل أ لیس لزید علیک درهم فأجاب بنعم فإنه یعتبر من الإقرار بالدین.

و یشهد لما ذکرنا من عدم الفرق بینهما فی العرف العام فهم ابی ولاد اشتغال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۴

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا یوم التلف (۱).

استدلوا علی هذا القول (۲).

الذمة بقیمة یوم المخالفة من الکلام المزبور و لذا سئل ثانیا عن طریق إحراز تلک القیمة و تعیینها.

(۱) لا- یخفی ان توجیه الیمین الی صاحب البغل باعتبار حمل الجواب علی صورة اختلافهما فی نقصان القیمة یوم التلف عما کانت علیها یوم المخالفة من الحمل علی الصورة النادرة فإنه کما لا یختلف قیمة البغل فی خمسة عشر یوما غالبا کذلک اختلاف صاحب البغل و الضامن فی النقصان المزبور نادر و إذا فرض جواز حمل الجواب علی الصورة النادرة فلیحمل علی ما ذکرنا من فرض اتفاقهما علی قیمة البغل سابقا و اختلافهما فی نقصان تلک القیمة یوم المخالفة و لا وجه للمناقشة فی هذا الحمل دون الأول کما هو ظاهر المصنف (ره) فی قوله بعد ذکر الاحتمال الذی ذکرنا (و لا یخفی بعده و أبعد منه حمل النص علی التعبد).

(۲) اختار (ره) عدم دلالة الصحیحة علی ان الملاک فی الضمان بقیمة یوم الضمان بل یرجع فی تعیینها إلی القاعدة الأولیة و هی قیمة یوم التلف لان ذلک زمان اشتغال العهدة بالقیمة و علی ذلک فلا بد من النظر فی وجه القول بأن العبرة فی الضمان بأعلی القیمة من حین الضمان الی حین التلف حیث یتعین الرجوع الی القاعدة مع عدم المخرج عنها و ما یقال فی وجهه أمور:

الأول- ان العین فی تمام تلک الأزمنة فی ضمان الشخص فإن أدی أعلی القیم فیخرج عن عهدة جمیع تلک الضمانات لدخول الأقل فی الأکثر بخلاف ما إذا أدی قیمة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۵

....

زمان التلف أو غیره فإنه لا یخرج بأداء تلک القیمة عن ضمان العین حین کانت قیمتها أکثر.

و أجاب (ره) عن ذلک بأنه ان أرید من ضمان العین فی جمیع الأزمنة التی منها زمان علو قیمتها انه علی تقدیر تلفها فیه کانت العهدة مشغولة بتلک القیمة فهذا صحیح و لکن المفروض انها لم تتلف فیه.

و ان أرید اشتغال العهدة بتلک القیمة حتی مع عدم تلفها فیه و فیما بعده بحیث لو رد العین الی مالکها کان اللازم دفعها مع الزیادة فهذا مخالف لما تسالموا علیه من عدم ضمان الزیادة مع رد العین.

و ان أرید اشتغال العهدة بتلک القیمة مشروطا بهلاک العین و عدم إمکان رد العین بنفسها فهو أمر معقول و لکن لا بد من قیام الدلیل علیه و أصالة البراءة تدفع لزوم دفع الزائد علی القیمة یوم تلفها.

نعم حکی فی الریاض عن العلامة ان قاعدة نفی الضرر دلیل علی اشتغال العهدة بتلک الزیادة فإنه لو لم یکن الضامن واضعا یده علی العین زمان علو قیمتها أمکن للمالک استیفاء تلک القیمة ببیع العین فیکون عدم ضمان تلک القیمة مع تلف المال ضررا علی المالک و مقتضی قاعدة نفیه ضمانها و لکنه (ره) أشار الی ضعف هذا الاستدلال بقوله و فیه نظر.

و وجهه انه قد تقدم ان مفاد قاعدة نفی الضرر نفی الأحکام التی تکون العمل بها موجبا لتضرر الشخص و اما تدارک الضرر الواقع خارجا فلا یثبت بها.

ثم انه (ره) وجه الاستدلال المتقدم على ضمان أعلى القيم بأن ماليهٔ العين فى كل زمان و منها ماليتها زمان علو قيمتها تكون مضمونهٔ فى ضمن النقود أو مال آخر إذ ليست الماليهٔ بنفسها امرا قابلا للضمان و على ذلك فان كانت العين باقيهٔ وردها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۹۶

و لأجل ذلك استدل العلامهٔ فى التحرير (۱).

فأصالهٔ الاشتغال (۲).

الى مالكها فلا يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زيادهٔ القيمهٔ مضمونهٔ فى ضمنه و إذا تلف العين تكون ضمان الزيادهٔ فى ضمن النقود و لو مع عدم تلف العين فى زمان تلك الزيادهٔ و ذلك فان الضامن قد حال بين المالك و عين ماله فى ذلك الزمان و كما ان إتلاف المال فى زمان موجب لضمان قيمهٔ ذلك الزمان كذلك الحيلولهٔ بين المالك و ماله فى زمان حتى يتلف ذلك المال. أقول سيأتى انه لا أساس لبدل الحيلولهٔ و انما الثابت بحسب الأدلهٔ بدل التلف و بدل التلف يثبت على العهدهٔ بتلف العين أو كزوال ماليتها رأسا الملحق بالتلف عند العقلاء و لا يثبت فى غير ذلك و ليست القيمهٔ السوقيهٔ للعين بحسب الأزمنهٔ كالمنافع المتضادهٔ للعين فى زمان واحد فلا يقاس الأول بالثانى.

و ذلك فان المنافع المتضادهٔ يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيره فيفوت على المالك المنفعهٔ التى أكثر فى ذلك الزمان بخلاف القيم فى الأزمنهٔ المتعددهٔ لأن العين لا تكون تالفهٔ على مالكها ما دامت باقيهٔ لتضمن بقيمتها فى ذلك الزمان.

(۱) يعنى حيث ان العين فى جميع الأزمنهٔ الى ان تتلف مضمونهٔ بوقوع الحيلولهٔ فى كل من تلك الأزمنهٔ بين العين و مالكها علل العلامهٔ ضمان قيمهٔ يوم الغصب بأنه أول زمان أزيلت يد المالك عن عين ماله فإنه لو لم يكن مجرد ازالهٔ يد المالك عن العين موجبا لضمانها بان يتوقف الضمان على التلف لما صح التعليل المزبور.

(۲) ان كان الاشتغال فى القيميات بالقيمهٔ كما هو الفرض يكون المرجع عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۱۹۷

فالظاهر اعتبار محل التلف (۱).

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف (۲).

دوران كون القيمهٔ المضمونهٔ أعلى القيم أو قيمهٔ يوم التلف البراءهٔ عن الزيادهٔ.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من انه لو كان النظر الى الضمان المستفاد من حديث على اليد يكون المقام فى مورد استصحاب الضمان لا الرجوع الى البراءهٔ فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهدهٔ على ما ذكره السيد اليزدى طاب ثراه و لكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها.

(۱) هذا بناء على كون العبرهٔ فى القيمى بقيمهٔ يوم التلف و اما بناء على ما استظهرناه من صحيحهٔ أبى ولاد من اعتبار قيمهٔ يوم الغصب فالمتعين ملاحظهٔ مكان العين فى ذلك اليوم فيما إذا كان لمكانها دخل فى زيادهٔ قيمتها و لو كان قيمتها فى مكان التلف أزيد فيدخل وصف كونها فى ذلك البلد فى الزيادهٔ العينيهٔ الحادثهٔ زمان الغصب.

(۲) إذا لم يكن للحيوان التالف زيادهٔ عينيهٔ كالسمن ثم حصلت له هذه الزيادهٔ فإن ظاهر كلماتهم ضمان الزيادهٔ حتى لو فرض عدم تلف العين كما لو ردها بعد زوال تلك الزيادهٔ الحادثهٔ و ذلك فان العين مملوكهٔ فتكون الزيادهٔ الحادثهٔ ملكا لمالكها.

و المفروض ان اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف ايضا تابعا للعين سواء كان حادثا من الأول أو أيام غصبها غايهٔ الأمر تكون تلك الزيادهٔ محسوبهٔ بقيمهٔ يوم حدوثها بمعنى انه يعين قيمهٔ العين فى ذلك اليوم مع تلك الزيادهٔ كما لو كانت قيمتها فى ذلك اليوم

مع الزیادة عشرة دراهم و مع عدمها ثمانیة فیکون الوصف المزبور مضمونة بدرهمین.

و لو فرض تلف نفس العین بعد حدوث تلک الزیادة فیها فیلاحظ قیمة العین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۸

و هل یقید ذلک بما إذا حصل الیأس (۱).

بدون الزیادة یوم غصبها فیضمن نفس العین ایضا بتلک القیمة کما هو ظاهر صحیحة أبی ولاد علی ما تقدم.

و الحاصل ان غایة ما یستفاد من الصحیحة ضمان ما یوضع الید علیه مع تلفه بقیمة یوم وضع الید یعنی حدوث الضمان فتکون الزیادة الحادثة فی ید الغاصب داخلة فی ضمانه بقیمة یوم حدوثها لأنه أول زمان بالإضافة إلی ضمان تلک الزیادة.

و ما ربما یقال بان مقتضی إطلاق صحیحة أبی ولاد ضمان العین بقیمتها عند غصبها و انه لا اعتبار بزیادة قیمتها بعد ذلک سواء کانت زیادتها باعتبار تغیر القیمة السوقیة أو حصول الزیادة العینیة لا یمکن المساعدة علیه لان الحکم المزبور وارد فی البغل المعد للکراء و حدوث الزیادة العینیة الفاحشة الموجبة لتغیر قیمته السوقیة فی خلال خمسة عشر یوما فرض نادر بل غیر واقع لان البغل لو لم یخرج بالمشی إلی المسافة البعیدة فی خلالها الی الهزال فلا أقل من عدم زیادته عما کان علیه یوم اکترائه.

(۱) یعنی هل یقید ضمان المثل أو القیمة بما إذا حصل الاطمئنان بعدم وصول المالک الی ماله المعبر عن ذلک بالیأس عن الوصول أو لم یکن ظن بالوصول الیه المعبر عنه بعدم رجاء وجدان المال أو یشمل استحقاق المالک المثل أو القیمة ما لو علم وجدان المال فی مدة طویلة أو حتی ما لو کانت قصیرة ظاهر ما ورد فی الأمانات المضمونة اختصاص استحقاق المالک بمطالبة المثل أو القیمة بأحد الأولین أی ما إذا حصل الاطمئنان بعدم وصوله الی المال أو عدم الظن بالوصول.

و یظهر الأخیر من إطلاق فتاوی الأصحاب فی بعض الموارد کاطلاقهم فی اللوح المغصوب فی السفینة انه إذا خیف من نزعه غرق مال لغیر الغاصب انتقل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۹

[بدل الحیلولة]

إلی القیمة الی ان یبلغ الساحل فإنهم لا یقیدون ذلک بما إذا کان البلوغ الی الساحل محتاجا الی زمان طویل.

أقول لا موجب لضمان القیمة بمجرد عدم تیسر الوصول إلیها ما لم یعد العین تالفة فی اعتبار العقلاء کما إذا علم حصولها فی الید بعد حین خصوصا إذا کانت المدة قلیلة فلا یحق للمالک مطالبة الضامن ببدلها.

نعم إذا کانت لها منفعة فیها اجرة فله المطالبة بتلک المنفعة الفائتة کما فی مسألة اللوح المغصوب و الاستدلال علی استحقاق المالک ببدل العین بکونه جمعا بین الحقین قد ذکرنا ما فیه سابقا و ان العین بالإضافة إلی قیمتها أو مثلها لیست من قبیل الأکثر إلی الأقل لیرفع المالک یده عن الزیادة و یطالب بالأقل بل بالإضافة إلی بدلها من المتباینین و لذا لا یحق له المطالبة ببدل العین مع بقائها و تیسر ردها.

و کذا لا یمکن التمسک فی إثبات استحقاق المالک المطالبة بالبدل فی مورد عدم تلف العین بحدیث الناس مسلطون علی أموالهم فإنه مضافا الی ضعف سنده مدلوله سلطنة المالک علی التصرف فی ماله و انه لیس محجورا علیه و تغریم شخص آخر بمطالبة البدل لیس من التصرف فی ذلک المال.

و بالجملة لم یثبت للمالک استحقاق مطالبة البدل مع عدم کون ماله تالفا فی اعتبار العقلاء کما إذا کان رده علیه محتاجا إلی السعی

فی مقدماته فإنه لا یحق له مطالبهٔ الضامن ببدل العین کما هو ظاهر المصنف (ره).

و الاستدلال علی ذلک بقاعدهٔ نفی الضرر ضعیف فإن قاعدهٔ نفیه لا یقتضی تدارک الضرر و علی تقدیره فتدارکه مع بقاء العین و عدم عدها تالفهٔ بتدارک منافعها الفائتهٔ الی ان یحصل رد نفس العین.

و الحاصل ما یسمونه ببدل الحیلولهٔ لم یتم علیه وجه یعتمد علیه بل ان کانت

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۰

و یدل علیه قاعدهٔ تسلط الناس علی أموالهم (۱).

ثم ان المال المبذول (۲)

العین التی یتعذر الوصول إلیها بحیث یعد تالفهٔ علی مالکها فالبدل بدل لها و مع عدم کونها تالفهٔ کذلک فلا موجب لاستحقاق مالکها بدلها حیلولهٔ کانت أو غیرها.

نعم لمالکها مطالبهٔ البدل بالإضافهٔ إلی منافعها الفائتهٔ و علی ما ذکرنا فیسقط جمیع ما یتفرع علی الالتزام بالبدل الحیلولهٔ و إذا کانت العین بحیث تعد تالفهٔ یکون للمالک علی الضامن البدل و لو أخذ البدل و اتفق الوصول الی العین بعد مدهٔ فلا یستحق المالک الا ما أخذه و لیس له إلزام الضامن باسترجاع البدل حیث یأتی ان إعطاء البدل من قبیل المعاوضهٔ القهریهٔ بینه و بین المبدل.

(۱) یعنی ان مقتضی سلطنهٔ الناس علی أموالهم جواز امتناع المالک عن بدل الحیلولهٔ و مطالبته بعین ماله و لو بعد حین.

(۲) و حاصله ان ظاهر کلماتهم کون المبذول للمالک بعنوان بدل الحیلولهٔ ملکا له و یقتضیه ما ورد فی موارد الضمانات فان ظاهره کون البدل المعطی للمالک فی موارد الحیلولهٔ کإعطائه فی موارد التلف فی صیرورته ملکا له.

نعم لو لم یکن الإجماع المشار الیه و ظاهر أدلهٔ الضمان و الغرامهٔ لأمکن القول بأنه لا یملکه بمجرد الإعطاء بل یجوز التصرف فی البدل المزبور الی ان یدخل فی ملکه بتلف المبدل و سواء قلنا بدخول البدل فی ملک المالک من الأول أو بعد تلف المبدل فلا یدخل ذلک المبدل فی ملک الضامن بدفعه البدل.

و نتیجهٔ ذلک اجتماع البدل و المبدل فی ملک المالک و لا ضیر فیه لان دفع البدل الی المالک لیس من المبادلهٔ بین المالین لیمتنع اجتماعهما فی ملکه بل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۱

ثم انه قد تحصل مما ذکرنا (۱).

دفعه فی المقام نظیر دفعه مع تلف المال فی عدم المبادلهٔ و الوجه فی عدم المبادلهٔ مع التلف ایضا ان المبادلهٔ تقتضی وجود طرفیها و لا تعقل بین الموجود و المعدوم و لکن مع ذلک ناقش المحقق و الشهید الثانیان فی بدل الحیلولهٔ باجتماع البدل و المبدل فی ملک المالک.

و أضاف الشهید الثانی (ره) بأنه لا بد من الالتزام بدخول البدل فی ملک المالک و خروج المبدل الی ملک الضامن و لکن متزلزلا الی ان یتلف المبدل أو یقال بان البدل باق علی ملک الضامن و انما یجوز للآخر التصرف فیه علی ما تقدم.

و دافع المصنف (ره) عن بدل الحیلولهٔ بأن المناقشهٔ ناشئهٔ عن زعم ان البدل فی المقام نظیر البدل مع تلف العین بدل عن نفس العین و الزعم غیر صحیح لان البدل یعطی للمالک بعنوان الغرامهٔ و من الظاهر ان مع تلف العین یکون الغرامهٔ تدارکا لما فات عن المالک من نفس العین و الفائت عن المالک فی الفرض لیس نفس العین بل السلطنهٔ علی التصرفات فیها فلا بد من قیام البدل مقامها فی هذه الجههٔ و القیام کذلک لا یقتضی دخول البدل فی ملک مالک المبدل ابتداء بل یقتضی جواز تصرفاته فی ذلک البدل.

نعم لو كـان التصـرف موقوفـا على الملكيـة فلاـ بـد من الالتزام بـدخول البـدل فى ملك المتصـرف من ذلك الحين نظير ما تقـدم فى المعاطاة.

(۱) و حاصـله ان ما ذكر من بقاء العين على ملك مالكها و دفع البدل بعنوان الغرامة عما فات من سـلطنة المالك ينحصـر بما إذا كان الفـائت على المالـك معظم الانتفاعـات حتى يوصف المـدفوع بكونه غرامـة و امـا إذا ثبت البـدل مع بقـاء سـلطنة المالك على معظم الانتفاعات كما فى تغريم الواطى الحيوان الذى يركب بقيمته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۲

....

فلا يبعد ان يستكشف عن إيجاب دفع البدل دخول المبدل فى ملك الغارم بالدفع حيث انه و ان وجب نفى الحيوان عن ذلك البلد و بيعه فى بلـد آخر الا ان هذا لا يوجب سـقوط الحيوان عن المالية غاية الأمر يكون ذلك عيبا فى الحيوان و إذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته الى مالكه يستفاد ان دفعها مبادلة شرعية بينها و بين الحيوان.

و هذا بخلاف ما إذا خرج الشيء عن المالية فإن خروجه عنها موجب لفوت سلطنة المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البدل اليه موجبا لخروج المبدل عن ملكه لما تقدم من ان البدل غرامة لتلك السلطنة الفائتة و للخروج عن المالية.

و يترتب على ذلك انه لو التفت قبل تمام غسل اليـدين و قبل المسح فى الوضوء الى كون الماء غصـبا لا يرضـى مالكه بالتصـرف فيه فلا يكون المسـح بالبلل الباقى بيـديه و لو بعـد دفع البـدل موجبا لتمام الوضوء لأن غرامـة البـدل لا يوجب دخول الماء فى ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح أعضاء الوضوء بالرطوبة الباقية بيديه.

و ذكر فى شـرح القواعـد انه لو خـاط ثوبه بخيوط الغصب و طلب المالك وجب نزعها و ان أفضـى ذلك الى تعيب الخيوط أو زوال ماليتها و معهما يجب أيضا غرامة العيب أو المالية.

أقول خلاصة الكلام فى ضـمان التالف ان مجرد التلف حقيقة أو حكما و ثبوت البدل على عهدة الضامن لا يوجب انتقال العين التالفة إلى ملك الضامن حيث ان ثبوت البدل على العهدة تغريم و ليست مبادلة و يترتب على ذلك كون بقايا العين التالفة ملكا للمالك.

نعم إذا دفع الضـامن العين التالفـة و البـدل المزبور يكون الـدفع موجبـا لـدخول تلك العين فى ملـك الضـامن و كـل ذلـك بالسـيرة العقلائية الذى اعتمدنا عليها فى إثبات الضمان فإنهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبة بالبقايا بعد أخذه البدل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۳

....

بخلاف ما لم يأخذ البدل فإنه ما دام لم يدفع تكون البقايا ملكا لمالكها الأول حتى مع ملكه البدل على عهدة الضامن.

و يوضـح ذلك خير إيضاح ما ورد فى ضـمان الواطى قيمة الحيوان الذى يركب و هى موثقة سدير «۱» حيث البائع المفروض فيها هو الواطى بعد دفعه القيمة إلى مالك الحيوان فيكون الحيوان الموطوء ملكا له بدفعه قيمته.

و ما ذكر المصـنف (ره) من انه فى صورة تلف المال ايضا لا يكون دفع البـدل مبادلـة قهريـة بين العين التالفة و البدل لاقتضاء المبادلة وجود طرفيها يـدفعه ان اعتبار المبادلـة حال تلف العين لا بأس به كما يعتبر مثلها فى موارد فسخ المعاملة بالخيار و نحوه مع تلف أحد العوضين.

و يترتب على اعتبارهـا انه لو رجع المالـك فى مسألـة تعاقب الأيـدى على المال الى من تلف المال بيـده فلا يرجع الغارم المزبور الى غيره ممن جرت أيديهم على المال المزبور بخلاف ما إذا رجع الى غيره فإنه يرجع الى من تسـلم المال منه الى ينتهى استقرار الضمان

الی من تلف المال بیده فان الدافع بدفعه البدل یملک التالف علی من تسلم المال منه علی وجه الضمان الی ان ینتهی قرار الضمان علی من تلف المال بیده.

و مما ذکرنا یظهر انه لا یجوز لمن توضأ غفلة بماء الغیر و التفت الی ذلک قبل المسح إتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجودة بیدیه فإنها ملک الغیر کما ذکرنا فلا یجوز التصرف فیها بلا رضاه.

نعم إذا دفع البدل قبل جفاف یدیه و استحق الرطوبة فلا بأس بالمسح بها و کذلک لو طالب المالک نزع الخیوط فی فرض جامع المقاصد و انه مع دفع الضامن

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۱) من أبواب نکاح البهائم الحدیث (۴).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۴

ثم ان هنا قسما رابعا (۱).

بدل الخیوط فلا یستحق مالکها طلب نزعها لدخولها بدفع البدل فی ملک الضامن.

هذا مع تلف الخیوط و سقوطها عن المالیة بالنزع و اما مع تعیبها بحیث یکون علی الضامن أرش العیب فیجب علیه مع عدم رضا المالک نزعها و ردها الیه مع الأرش.

(۱) لا یقال ما الفرق بین هذا القسم الذی یسقط العین فیه عن المالیة و الملکیة معا و بین القسم الثالث الذی ذکر (ره) ان فوات اجزاء العین و أوصافها یکون موجبا لسقوطها عن المالیة فقط مع بقائها علی الملکیة.

فإنه یقال الموجب لسقوط العین عن المالیة فی القسم الثالث فوات منافعها المقصودة التی تکون بها مالیتها و مع فوتها فوجود بعض المنافع المحللة لها لعدم کونها مقصودة لا توجب مالیتها کالاوراق الممزقة التی ینفع بها فی الإحراق و بعض الحبات من الحنطة حیث یمکن الانتفاع بها بطحنها فی ضمن سائر الحنطة و لکن مثل هذا الانتفاع یوجب اعتبار الملکیة فی العین.

و هذا بخلاف القسم الرابع الذی لا یکون العین فیه قابلا للانتفاع فعلا لا مقصودا و لا غیر مقصود و لذا یسقط عن الملکیة أیضا کما فی الخل المنقلب الی الخمر.

نعم تکون العین فی الفرض موردا لحق الأولویة الثابتة ببناء العقلاء دون الاستصحاب لیقال بعدم جریانه باعتبار أن الأولویة سابقا کانت بمعنی الملک و بعد الانقلاب الی الخمر لا ملک و الأولویة لا بمعنی الملک لیست لها حالة سابقة و مع ذلک عدم إمکان الانتفاع فعلا موجبا لسقوط الشیء عن الملکیة تأمل.

نعم لا اشکال فیه فیما إذا لم یمکن الانتفاع به أصلا و لو فیما بعد.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۵

ثم ان مقتضی صدق الغرامة (۱) ثم ان ظاهر عطف التعذر علی التلف (۲)

---

(۱) فإنه یکون دفع بدل الحیلولة بمنزلة دفع بدل التلف فی کونه تدارکا و غرامة و کما یخرج بالثانی عن ضمان العین و منافعها و زیادة قیمتها کذلک بالأول غایة الأمران دفع بدل الحیلولة متزلزل یتصف بالتنجز بتلف العین أو بالانفساخ بطرو التمکن علی ردها بخلاف بدل التلف فان دفعه من الأول منجز.

و بذلک یظهر ضعف ما عن بعض من ضمان منافع العین حتی بعد دفع بدل الحیلولة و وجه الظهور انه لو کانت المنافع علی العهدة حتی بعد دفع البدل فکیف یتصف المدفوع بکونه بدلا و تدارکا لما یفوت عن المالک.

(۲) و حاصله انه کما لا یثبت علی الضامن زیادة القیمة السوقیة بعد زمان تلف العین کذلک لا یثبت علیه زیادتها بعد تعذر ردها فیتعین فی بدل الحیلولة قیمة یوم تعذر ردها أو أعلی القیم الیه أو قیمة یوم الغصب و هذا مقتضی إلحاق تعذر رد العین فی کلماتهم بتلفها و لکن لا یخفی الفرق بینهما فإنه مع التلف یکون قیمتها دینا علی عهدة الضامن فیجری فی أنها قیمة یوم التلف أو یوم الغصب أو أعلی القیم.

و هذا بخلاف صورة التعذر فان العین بنفسها مضمونة بمعنی انه لا تثبت قیمتها بمجرد تعذر ردها و لذا یکون للمالک الامتناع عن قبول البدل و المطالبة بنفس العین فیما بعد نظیر ما تقدم فی استحقاق المالک المطالبة بالقیمة فی المثلی المتعذر مثله.

ثم انه لا یجتمع الحکم بان تعذر رد العین بمنزلة تلفها مع الحکم باستحقاق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۶

و هل الغرامة المدفوعة تعود الی ملکه (۱).

المالک اجرة المثل لمنافع العین حتی بعد تعذر ردها الی زمان دفع بدل الحیلولة و کذا ضمان نمائها الی ذلک الزمان حیث انه لو کانت تعذر رد العین بمنزلة التلف یکون المنافع بعد تعذر ردها کمنافعها بعد تلفها فی عدم الضمان بالإضافة إلیها.

نعم إذا قیل بالفرق بین التعذر و الرد بثبوت القیمة یوم التلف فی الأول و بقاء نفس العین علی العهدة فی الثانی تعین الحکم بضمان المنافع و النماء بل زیادة القیمة السوقیة للعین الی زمان دفع بدل الحیلولة کما مر.

(۱) و حاصله انه لو تجدد للضامن التمکن علی رد العین فیحتمل رجوع بدل الحیلولة بمجرد ذلک الی ملکه فیکون ضامنا للعین بضمان جدید بحیث لو تلفت یثبت بذمته بدل التلف و یحتمل بقاء بدل الحیلولة فی ملک المالک الی حین وصول العین بیده بحیث لو تلفت العین قبل وصولها بیده لا یکون ضمان آخر علی الضامن بل یملک المالک بدل الحیلولة منجزا بعد ما کان مالکا له متزلزلا کما تقدم و مقتضی الاستصحاب بقاء بدل الحیلولة علی حاله و عدم حدوث ضمان جدید بتجدد تمکن الضامن.

لا یقال کان بدل الحیلولة عوضا عن سلطنة المالک علی العین و بعد تجدد تمکن الضامن علی رد العین یکون ملک المالک البدل مع ملکه العین من الجمع بین العوض و المعوض.

فإنه یقال تمکن الضامن علی رد العین علی مالکها لا یوجب عود سلطنة المالک علی العین و لذا لو امتنع الضامن عن رد العین لا یتمکن مالکها علی بیعها أو إجارتها من شخص آخر الی غیر ذلک من التصرفات و انما یعود سلطنة المالک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۷

نعم للمالک مطالبة عین ماله (۱)

بعود العین و وصولها بیده فلا یلزم من ملکه للبدل و العین الجمع بین العوض و المعوض.

نعم لو کان ملکه بدل الحیلولة عوضا عن تمکن الضامن علی رد العین علی صاحبها لزم الجمع بینهما و لکن من الظاهر ان تمکن الضامن علی رد العین أجنبی عن المالک فلا یأخذ عنه بدلا أصلا و علی ما ذکر فلو رد الضامن العین علی مالکها یرجع بدل الحیلولة إلی ملک الضامن فلو کان نفس ذلک البدل باقیا یأخذه و ان کان تالفا أو خارجا عن ملک المالک بعقد لازم أو جائز یأخذ الضامن بدله من المثل أو القیمة و نماء بدل الحیلولة المتخلل بین أخذ المالک و رجوعه الی ملک الضامن للمالک لأن الأصل یعنی بدل الحیلولة کان فی تلک المدة ملکا له و النماء تابع للأصل.

لا یقال لا وجه لرجوع بدل الحیلولة إلی ملک الضامن أصلا لأن ذلک البدل کان عوضا عن السلطنة الفائتة عن المالک و لا یتدارک تلک السلطنة بوصول العین بیده ثانیا.

فإنه يقال كان بدل الحيلولة عوضا عن مطلق سلطنته لا خصوص سلطنته الفائتة السابقة فيكون رجوع العين موجبا لعود سلطنته و الفائتة منها كانت متداركة بسلطنته على بدل الحيلولة قبل ذلك.

(۱) يعنى حيث ان العين لم تخرج عن ملك المالك فى مورد بدل الحيلولة فيكون له مطالبته بها حين تجدد تمكن الضامن على ردها و جواز المطالبة مقتضى قوله عليه السّلام الناس مسلطون على أموالهم و ليس بدل الحيلولة فى يد المالك عوضا عن جميع السلطنة المتصورة للمالك ليقال بأنه ليس له سلطان على مطالبة العين لان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۸

ثم لو قلنا بجواز الحبس (۱)

بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنة أيضا و الا لو كان البدل عوضا عن جميع ذلك لزم خروج العين عن ملكه و جاز للآخرين تملكها بوضع يدهم عليها.

و قد ظهر انه ليس للضامن الامتناع عن تسليم العين حتى يسترجع بدل الحيلولة عن المالك و وجه الظهور انه لو كان بدل الحيلولة عوضا عن نفس العين جاز له الامتناع حيث يجوز لكل من المالكين الامتناع عن تسليم ملك الآخر حتى يتسلم منه ملكه و لكن بدل الحيلولة كما تقدم ليس عوضا عن العين بل عوض سلطنة المالك المالك التى تتجدد له بوصول العين بيده و بعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة عن ملكه برجوعه الى ملك الضامن ففى ذلك الحين يكون له المطالبة به.

اللهم الا ان يقال يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البدل من المالك لان حبسه العين يكون حبسا لسلطنة المالك التى عوض عنها ببدل الحيلولة و لكن لا يخفى ما فيه فإنه ما دام لم يرجع العين الى يد المالك و لم يتجدد سلطنته عليها لا يرجع البدل الى ملك الضامن ليكون له سلطنة على ماله بالمطالبة أو غيرها.

(۱) يعنى إذا قيل انه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد تمكنه على ردها ليسترجع بدل الحيلولة لا يجرى على العين بيده زمان جواز حبسها حكم الغصب.

نعم يضمن العين لان حبسها يكون لمصلحة نفسه لا للإحسان إلى مالكها و على ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمة يوم تلفها بناء على ان الأصل فى كل مضمون قيمة ذلك اليوم و بناء على ضمان أعلى القيم يتعين أعلاها من يوم حبسها الى زمان تلفها لان يوم حبسها يوم حدوث الضمان الجديد إذ قبله كان خارجا عن ضمان العين بدفع بدل الحيلولة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۹

[شروط المتعاقدين]

[اعتبار البلوغ]

المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبى (۱)

و يقرب من ذلك قول العلامة فى القواعد انه لو حبس العين فتلفت فعليه ضمان قيمتها الان و ليس المراد من قيمة الان خصوص قيمة حين التلف بل القيمة بعد حدوث الضمان.

فلو قيل فى القيميات بقيمة يوم التلف يتعين فى المقام قيمة يومه و ان قيل بأعلى القيم يتعين أعلاها من حين حبسها الى يوم تلفها فإنه ينقطع حكم الغصب بدفع بدل الحيلولة و بحبس العين يحدث ضمان جديد.

أقول هـذا ینافی ما تقـدم منه (ره) من ان العین بعـد تجدد التمکن علی ردها لا تدخل فی الضـمان و بدل الحیلولة لا یخرج عن ملک المالک بمجرد التمکن علی رد العین علیه لیکون ضـمان البـدل علیه و ضـمان العین علی الغاصب و یجوز لـدافع بـدل الحیلولة حبس العین لان حبسـها یلازم حبس سـلطنة المالک علی العین، و المالک قد تسـلم بدل الحیلولة الذی عوض عن هذه السلطنة و لیس وجه الجواز خروج البدل الی ملک الغاصب بمجرد التمکن علی رد العین لیجوز له حبس العین لاسترداد ملکه عن مالکها فلاحظ و تدبر.

(۱) و یسـتدل علی اعتبار البلوغ فی المتعاقدین برفع القلم عن الصبی حتی یحتلم کما فی مضـمرة ابن ظبیان «۱» و أورد المصنف (ره) علی الاسـتدلال المزبور بوجوه: أولا- احتمال ان یکون المرفوع هو قلم المؤاخذة بان لا یکتب علیه سیئة بما یصدر عنه حال صباوته و کـذا لا یثبت فی حقه نظیر القصاص و الحـدود من الأحکام المجعولة مؤاخذة علی بعض الأفعال و هذا لا یقتضـی عدم تعلق الحرمة و الوجوب فضلا عن سائر الأحکام بأفعال

---

(۱) وسائل الجزء (۱) باب ۴ من أبواب مقدمات العبادات الحدیث (۱۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۰

....

الصبی و معاملاته بل مقتضـی عموم أدلـة الأحکام و إطلاقها ثبوتها فی حقه ایضا فیسـتحق الثواب علی امتثال تلک الأحکام و لکن لا یثبت فی حقه استحقاق العقاب و نظیر القصاص و الحد سائر ما یکون من قبیل المؤاخذة.

و بالجملـة کمـا تثبت حرمـة شـرب الخمر علی البـالغین تثبت فی حق الصبی أیضـا و لکن لا یؤاخـذ علی شـربها و کـذا یثبت فی حقه وجوب الصلاة و سائر الواجبات و لکن لا یؤخذ علی ترکها و هذا یوافق الالتزام بشرعیة عبادات الصبی.

و أورد (ره) ثانیا أنه لو فرض رفع الأحکام التکلیفیة عن الصبی فالأحکام الوضعیة نظیر الملکیة المترتبة علی بیعه غیر مرفوع.

و بتعبیر آخر یکون بیعه موجبـا لانتقـال المبیع إلی المشتری و الثمن إلی البائع غایـة الأمر لا یثبت حکم تکلیفی علی الصبی إلی بلوغه فیجب بعـد بلوغه الوفاء بالعقـد الذی أنشأه حال صـباه کما یجب علیه الاغتسال من الجنابة التی حصـلت بوطیه زوجته أو الأجنبیة حال صباه و هذا یوافق ما یقال من عدم اختصاص الأحکام الوضعیة بالبالغین.

و أورد ثالثا انه مع فرض کون المرفوع عنه جمیع الأحکام التکلیفیـة و الوضـعیة فمقتضاه عـدم صـحة عقـد الصبی فیما إذا کان الصبی أحـد طرفی العقـد و اما إذا کـان إنشـائه العقـد بالوکالـة کمـا إذا وکله الزوجان فی إجراء عقـد الزواج بینهما أو إجراء عقـد البیع بین مالیهما فلا دلالـة لحـدیث رفع القلم علی بطلان عقـده بمعنی کونه مسـلوب العبارة فإنه لیس علی الصبی فی مورد الوکالة حکم کان عقده صحیحا أم فاسدا و نظیر وکالته إجرائه العقد فضولا مع اجازة المالک.

أقول مـا ذکر المصـنف (ره) من احتمـال کون المرفوع عن الصـبی هو قلم المؤاخـذة غیر صـحیح بـل ظـاهر الحـدیث رفع الأحکـام و التکالیف بقرینة رفع القلم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۱

....

عن المجنون و النائم فإنه لا یمکن الالتزام بأن أحکام الشریعة و تکالیفها مجعولة بنحو تعم المجانین و أنه یکون المرفوع عن المجنون خصوص قلم المؤاخذة و الحدیث المزبور ضعیف.

و لکن رفع القلم وارد فی موثقـة إسـحاق بن عمار و مقتضاه عـدم جواز اسـتقلال الصبی بالمعاملـة لا کون إنشائه لغوا محضا حتی فی

فرض وکالته عن الغیر و اذنه للصبی فی إجراء عقد أو معاملة تکون موضوعا للحکم علی البالغین.

و الحاصل ان المرفوع عن الصبی لا یختص بالأحکام التکلیفیة بل یعم الوضعیة و وجوب الاغتسال علیه بعد بلوغه من الجنابة حال صباه أو وجوب دفع البدل عما أتلفه فی ذلک الحال لیس باعتبار عموم الأحکام الوضعیة لغیر البالغین بل باعتبار ان الموضوع لوجوب الاغتسال علی البالغ هو الوطی و لو کان ذلک قبل التکلیف نظیر وجوب الاغتسال من الانزال الحاصل حال النوم و الموضوع لوجوب التدارک هو تضییع مال الغیر و لو کان ذلک الضیاع حال صباه.

نعم عموم الرفع کما ذکرنا لا یوجب أیضا بطلان عقد الصبی أو معاملته فیما إذا لم یکن مستقلا فی إنشائها کما إذا کان باذن الغیر بل مثل روایة حمزة بن حمران ایضا لا یقتضی بطلانه قال أبو جعفر علیه السّلام فیها و الغلام لا یجوز أمره فی البیع و الشراء و لا یخرج عن الیتم حتی یبلغ خمسة عشر سنة أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلک «۱».

فتکون صحته مقتضی العمومات و الإطلاقات فی المعاملات حیث ان المعاملة التی أجراها الصبی بإذن ولیه أو إجازته، علی ماله تکون من أمر الولی و معاملته

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۲) من أبواب الحجر الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۲

و یشهد له الاستثناء فی بعض الاخبار (۱)

کما هو مقتضی اضافة المعاملة إلی الموکل و کذا فی مورد وکالته عن الغیر و لو بلا اذن ولیه أو إجازته فی إجراء عقد نکاح أو غیره للغیر مما لا یکون من التصرف فی مال نفسه فان هذا کله یکون من أمر الغیر و مقتضی العمومات و الإطلاقات نفوذه علی ذلک الغیر و اما عبادات الصبی فیستفاد مشروعیتها من أمر الأولیاء بترغیب أطفالهم إلیها و ظاهر الأمر بالأمر بشیء مطلوبیة ذلک الشیء.

ثم انه لا وجه لاستثناء إیصال الهدیة و اذنه فی الدخول من معاملات الصبی لأنهما لیسا من المعاملات بل و لا تصرفاته التی تکون موضوعا لحکم شرعی لأن إیصال الهدیة من جهة اعتبار القبض فی الهبة و المعتبر فیه قبض المتهب و اما نفس الإیصال فلا اعتبار له و لذا یمکن بواسطة حیوان أو غیره و اما الاذن فی الدخول فلان المعتبر فی جواز الدخول فی الدار رضا مالکها لا رضا الطفل و اذنه.

و علیه فلو کان اذنه موجبا للاطمئنان إلی رضا مالکها کما هو الغالب فهو و الا فلا یجوز التصرف فیها بالدخول أو غیره.

(۱) کما فی روایة أبی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ عن أبی عبد اللّه علیه السّلام و وجه الشهادة ان عدم نفوذ أمر السفیه عبارة عن عدم مضی معاملته فی صورة استقلاله بها لا کونها لغوا محضا بان یکون السفیه مسلوب العبارة و علی ذلک فالحکم بعدم جواز أمر الصبی و جواز امره بعد بلوغه الا ان یکون سفیها لا یناسب الا ان یکون المراد بالجواز و عدمه هو المضی لا کون عبارته لغوا و بعبارة أخری ظهور الاستثناء فیها فی عدم الانقطاع قرینة علی کون المراد بالجواز هو المضی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۳

فالعمدة فی سلب عبارة الصبی هو الإجماع (۱) و کذا إجماع الغنیة (۲) و یمکن ان یستأنس له أیضا بما ورد (۳)

---

(۱) لا یخفی عدم إمکان الاعتماد علی حکایة الإجماع فإنه لو کان إجماعا محصلا لم یصح الاعتماد علیه لاحتمال کون وجه اتفاقهم سائر الوجوه المذکورة لسلب عبارة الصبی فکیف فیما إذا کان منقولا أو مع الخلاف.

(۲) یعنی کما ان الإجماع المحکی عن التذکرة یعم ما إذا لم یکن الصبی مستقلا فی إنشاء المعاملة کذلک إجماع الغنیة حیث ان استدلال الغنیة علی عدم الاعتبار بمعاملته بعد الإجماع بحدیث رفع القلم قرینة علی العموم المزبور فإنه سیأتی ان مقتضی ذلک

الحدیث بطلان معاملة الصبی سواء کان مستقلا فی إنشائها أولا.

و ایضا المراد بالإجازة فی قول ابن زهرة (عقد الصبی باطل بالإجماع و ان أجاز الولی) لیس خصوص الإجازة المعروفة فی باب عقد الفضولی لیقال ان عقد الفضولی عند ابن زهرة باطل حتی و ان لحقه الإجازة فحکمه ببطلان عقد الصبی و لو مع اجازة ولیه، لا یقتضی حکمه ببطلان معاملته مع اذن ولیه بل مراده بالإجازة ما یعم الاذن.

(۳) و فی صحیحة محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال عمد الصبی و خطائه واحد و ذکر المصنف (ره) ما حاصله ان مثل هذه الصحیحة و ان وقعت روایتها فی أبواب الجنایات و لکن لا دلالة لذلک علی اختصاصها بتلک الموارد.

نعم فی مثل موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السّلام کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۴

....

یقول عمد الصبی خطاء یحمل العاقلة و حمل الدیة علی العاقلة بعد قوله عمد الصبی خطاء قرینة علی کون المراد بالعمد و الخطاء مورد الجنایة و لکن لا یکون ذلک موجبا لرفع الید عن إطلاق مثل الصحیحة الأولی فإنه لا منافاة بین ثبوت الإطلاق و التقیید معا لعدم وحدة الحکم و کونهما متوافقین و لذا أخذ الشیخ (ره) بالإطلاق فی المبسوط و الحلی فی السرائر فذکرا أنه لا یجب الکفارة علی الصبی بارتکابه محظورات الإحرام التی یختص وجوبها بصورة التعمد حیث ان عمد الصبی خطأ و علی ذلک فإذا کان عمد الصبی و قصده ملغی شرعا یکون جمیع انشائاته باطلة لا یترتب علیها أی أثر حتی فیما إذا کان إنشائه بإذن ولیه حیث لا ینبغی الریب فی اعتبار القصد فی ترتب الأثر علی العقود و الإیقاعات بل قوامهما به لان حصول الإنشاء و الاعتبار بلا قصد أمر غیر معقول بل یمکن استفادة ذلک أی کون جمیع إنشاءات الصبی ملغاة حتی فیما إذا کان الإنشاء بإذن ولیه من حدیث رفع القلم عنه.

و بیان ذلک انه قد ورد فی روایة أبی البختری عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام انه کان یقول فی المجنون و المعتوه الذی لا یفیق و الصبی الذی لم یبلغ عمدهما خطاء یحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم فان المذکور فی هذه الروایة أمور ثلاثة:

الأول- الحکم بأن دیة جنایة الصبی و المجنون دیة خطاء تحمله العاقلة.

و الثانی- ان عمد الصبی و المجنون خطاء.

الثالث- ان القلم مرفوع عنهما و رفع القلم هذا اما معلول للحکم بکون عمدهما خطاء فیختص رفع القلم بالأحکام التی یعتبر فی ترتبها علی موضوعاتها التعمد إلیها کأحکام المعاملات حیث ان المعاملة لا تکون ذات حکم بل لا تکون الا مع القصد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۵

....

بها و مقتضی ذلک بطلان معاملة الصبی و لو کانت باذن ولیه إذ لا یحصل القصد من الصبی بالاذن المزبور بل مقتضی إطلاق نفی القصد عنه یعم الصورة المزبورة و اما ان یکون رفع القلم علة لعدم ثبوت حکم العمد و لا شبه العمد لجنایة الصبی و لکون قصده کالخطاء.

و علی ذلک ایضا یحکم ببطلان معاملة الصبی و لو مع اذن ولیه حیث ان اقتضاء رفع قلم المؤاخذة عنه إلغاء قصده فی بیعه و إقراره حتی فیما إذا کان ذلک باذن ولیه.

و لکن الصحیح فی معنی الروایة هو الاحتمال الأول یعنی تنزیل عمده منزلة الخطاء موجب لرفع قلم المؤاخذة عنه فإنه لو کان رفع قلم المؤاخذة علة لتنزیل عمده منزلة الخطاء لما کان علیه الضمان فی إتلافه حیث ان رفع قلم المؤاخذة کما یقتضی تنزیل عمده منزلة

الخطاء کذلک یقتضی عدم الضمان فی إتلافه حیث ان الضمان من قبیل المؤاخذة کما لا یخفی.

أقول مثل الصحیحة لا تکون دالة علی بطلان إنشاءات الصبی و کونها ملغاة حتی مع اذن ولیه أو کانت بالوکالة عن الغیر و ذلک فان مقتضاها أن کل أثر قد رتب علی التعمد الی الفعل لا یترتب علی الصادر عن الصبی و لو مع تعمده کما فی ترتب بطلان الصوم علی ارتکاب المفطر و حق القصاص المترتب علی القتل، و الکفارة علی الارتکاب المحظورات حال الإحرام، فإنه اعتبر فی ترتب کل واحد من الأحکام المزبورة القصد الی تلک الأفعال.

و الحاصل ان مدلول الصحیحة و مقتضی إطلاقها انتفاء تلک الأحکام و عدم ترتبها علی فعل الصبی و لو مع تعمده و اما الأحکام المترتبة علی العناوین التی لا یکون لها تحقق بدون القصد لا من جهة تقیید الموضوع بالقصد کما فی الأحکام السابقة بل لتوقف نفس العنوان و قوامه بالقصد کما فی العناوین القصدیة فلا دلالة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۶

....

للصحیحة علی نفی تلک العناوین و عدم تحققها عن الصبی.

و هذا کما یقال فی الاستصحاب من انه یثبت به کل اثر یترتب علی نفس المستصحب لا علی ما یلازمه أو مثل ما یقال فی الرضاع من انه یکون محرما فیما إذا ثبت به نفس العنوان المحرم لا ما یلازم العنوان المزبور و هنا أیضا ظاهر الصحیحة نفی أثر شرعی یکون مترتبا علی نفس القصد و التعمد الی الفعل لا- نفی اثر عن عنوان یکون القصد موجبا لحصول ذلک العنوان کما فی العقود و الإیقاعات فإن المعاملات کلها من العناوین القصدیة التی یکون القصد مقوما و محصلا لها.

و لذا لا یکون مشروعیة صلاة الصبی و صومه و سائر عباداته و تحیته و غیرها من العناوین القصدیة تخصیصا فی حدیث عمد الصبی خطاء.

بل یمکن دعوی ان الصحیحة لا تکون مقتضاها نفی الأحکام المترتبة علی القصد و التعمد الی الفعل مطلقا بل فی خصوص ما إذا کان الحکم مترتبا علی الخطاء أیضا بأن یکون التعمد الی الفعل موضوعا لحکم و الفعل خطاء موضوعا لحکم آخر کما فی مورد الجنایة فلا یعم ما إذا کان الحکم مترتبا علی عنوان التعمد الی الفعل فقط کما فی مورد وجوب الکفارة و بطلان الصوم و نحوهما فان المذکور فی الصحیحة ان عمد الصبی خطاء.

و فرق بین هذا التعبیر و التعبیر بأنه لا- عمد للصبی فإن الأول یختص بموارد ثبوت حکم آخر للخطاء فی مقابل ثبوت الحکم للعمد بخلاف الثانی فإنه یعم موارد ثبوت الحکم للعمد الی الفعل من غیر فرق بین ثبوت حکم آخر للخطاء و عدمه.

و قد تحصل مما ذکرنا أنه لا یمکن الحکم بعدم فساد صوم الصبی بتناوله المفطر أو بفساد عباداته أو معاملاته استظهارا من الصحیحة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۷

و ان اتهب له الولی (۱) و لا لغیره (۲) کما قال ارم حقی فی البحر (۳)

---

(۱) یعنی و لو کان قبول الهبة المزبورة من ولی الصبی حیث ان أخذ الصبی الهبة حتی مع قبول ولیه لا یوجب حصول القبض المعتبر فیها

(۲) یعنی کما لا- یکون قبض الصبی مفیدا لحصول الملک لنفسه کذلک لا- یفید قبضه فی حصول الملک لغیره کما إذا کان الموهوب له غیره و یکون قبض الصبی بتوکیل ذلک الغیر.

(۳) یعنی کما انه لا یتعین الدین بإلقاء المدیون مقداره فی البحر فیما إذا قال له مستحقه ارم حقی فی البحر کذلک لا یتعین بقبض

الصبی فیما إذا قال مستحقه سلم حقی الی هذا الصبی.

نعم إذا کان المال متعینا کما فی الودیعة بأن یقول صاحبها سلمها الی هذا الصبی فسلمها المستودع الیه برء من ضمانها کما یبرء إذا قال له ارمها فی البحر فرماها و ذلک فان المال فی نفسه متعین لا یحتاج فی تعینه الی قبض صحیح.

نعم لو کانت الودیعة من مال الصبی فلا یجوز دفعها الیه حتی مع اذن ولیه فإنه من التعدی فیها و لا یفید فی جواز التعدی و عدم ثبوت الضمان اذن الولی حیث انه لا ولایة له فیما لإصلاح فیه للطفل.

و بالجملة لا یصح توکیل الصبی فلا یکون المدفوع الیه قبضا للمستحق لیتعین به الدین و لکن لا یبعد ان یکون المثالان من توکیل المدیون فی تعیین الدین فیتعین عند الإلقاء فی البحر أو الدفع إلی الصبی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۸

بل علی الصبیین (۱) ردها بعدم الثبوت (۲).

اما ما ورد فی روایة السکونی (۳).

أقول قد تقدم عدم إلغاء قصد الصبی و علیه فلا بأس بتوکیله فی القبض و یتعین به الدین کما یخرج بقبضه وکالة، البائع من ضمان المبیع الی غیر ذلک فلا حظ و تدبر.

(۱) لما مر من ثبوت ضمان الإتلاف علی الصبی أیضا.

(۲) یعنی قد رد الحکایة بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحکایة المزبورة هذا أولا و ثانیا بأنه لا حجیة فی شراء ابی الدرداء حیث ان فعله لیس من فعل المعصوم لیکون کاشفا عن اباحة ذلک الفعل و ثالثا ذکر توجیها یخرج به الشراء عن معاملة الصبی.

(۳) کأن هذا جواب عن سؤال مقدر و هوان روایة السکونی المزبورة ظاهرة فی صحة معاملة الصبی فإن المراد بکسب الصبی فیها المال الذی اکتسبه فیکون مقتضی تقیید الصغیر بالذی لا یحسن صناعة أن کسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعة بل مقتضی التعلیل الوارد فیه کون المال الذی اکتسبه الصبی المزبور مالا مشتبها و لو کانت معاملته باطلة لکان حرمة المال الذی اکتسبه معلوما.

و أجاب (ره) عن ذلک بان ملک الصبی المال لا یلازم صحة معاملاته حیث یمکن ان یحصل المال من التقاطه حیث یصیر المال بالالتقاط ملکا له لما تقدم من عدم إلغاء قصده فی مثل الحیازة و السبق إلی الشیء المباح کما یمکن کونها اجرة فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۹

مع ان هذا مما لا ینبغی الشک فی فساده (۱) و اما التصرف و المعاملة بإذن الأولیاء (۲)

إجارة أوقعها الولی فإن بإیقاع الولی یملک الصبی الأجرة علی المستأجر فیتعین المدفوع إلی الصبی فی الأجرة بوصولها الی ید ولیه و یمکن إیقاع الصبی الإجارة فیستحق علی المستأجر أجرة المثل أو کان عمل الصبی باعتبار أمر شخص آخر بذلک العمل فیستحق الصبی فی الفرض اجرة المثل علی العمل و فی هذه الصور و نحوها لا یکون ملک الصبی ملازما لصحة معاملته و لو مع اذن ولیه کما لا یخفی.

(۱) یعنی لا ینبغی الشک فی فساد سیرتهم فی عدم فرقهم بین معاملة الممیزین و غیرهم خصوصا الأخیر أی سیرتهم علی عدم فرقهم بین معاملة الأطفال لأنفسهم بحیث لا یطلع أولیائهم علی معاملاتهم و بین المعاملة لاولیائهم.

(۲) کان هذا جواب عما ذکره کاشف الغطاء (ره) من حصول الإباحة من معاملة الطفل الجالس مقام ولیه و حاصله ان أراد کاشف الغطاء حصول الإباحة بنفس تصرف الطفل و معاملته بان کانت معاملة الطفل مفیدة للإباحة سواء کانت المعاملة بنحو البیع العقدی أو المعاطاة فهذا خلاف المشهور حتی عند القائلین بعدم اعتبار شرائط البیع فی المعاطاة فإنها علی ذلک المسلک و ان لم تکن مشروطة

بشروط البیع الا انها تصرف فی المال فلا یصح من الصبی و ان أراد ان وصول المال الی ید الأخذ و اذن الولی و رضاه فی تصرفه هو الموجب للإباحة و معاملة الصبی تکون کاشفة عن هذا الرضا و یعتمد علیها فی الکشف عنه کما یعتمد فی کشف رضا مالک الدار و مالک الهدیة باذن الصبی فی الدخول فی الدار و إیصال الهدیة کما أوضحه بعض المحققین من تلمیذه فهذا مبنی علی کفایة مجرد وصول المالین الی ید کل من المالکین مع رضاهما فی حصول الإباحة بالمعاطاة و قد تقدم الکلام فیه فی بحث المعاطاة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۰

[یعتبر قصد مدلول العقد]

اشارة

الی المعنی لا بمعنی (۱).

و الا وقع لاغیا (۲) و لا دلیل علی تأثیر (۳).

---

(۱) و حاصله أنه یعتبر فی المتعاقدین القصد الی اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد کما فی الغالط بان کان قصده التلفظ بلفظ فاشتبه و تلفظ بلفظ آخر و یعتبر القصد الی المعنی و لیس المراد من عدم قصد المعنی عدم استعمال اللفظ فیه بل المراد عدم إرادته جدا لان المفروض فی المقام و ان کان حصول الإنشاء و تحقق الاستعمال الا انه بداع آخر کما إذا لم یکن غرض المستعمل من إنشاء البیع حصوله حقیقة بل الهزل و نحوه.

و ان شئت فلاحظ موارد الأمر الصوری فإنه کما لا یکون الغرض فیه هو البعث الی الفعل کذلک لیس الغرض فی المقام من الإنشاء هو البیع خارجا و کما ان فی مورد الاخبار هزلا أو کذبا یکون الکلام مستعملا فی معناه الموضوع له و یکون القصد الی التلفظ و إحضاره معناه و لکن بداعی الهزل و الإغراء کذلک فی مورد البیع هزلة یکون الکلام مستعملا فی معناه الإنشائی و لکن بداعی الهزل لا الجد.

ثم لا یخفی انه لیس اعتبار هذا القصد فی المتعاقدین نظیر شرط البلوغ و الاختیار فیهما بان یکون هذا الشرط أمرا زائدا علی حصول البیع و غیره من المعاملات بل هذا القصد مقوم لعنوان المعاملة حیث لا یکون البیع أو غیره من المعاملة فی مثل مورد الإنشاء هزلا.

(۲) یعنی لو لم یکن هناک جهة یصرف إلیه الإطلاق کان العقد لغوا

(۳) کأن هذا دفع لما یقال من جواز عدم جهة یصرف إلیها الإطلاق و جواز عدم تعیین للمالک فی العقد و تعیینه بعد ذلک فلا اشتراط.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۱

و فی حکم المعین ما إذا عین المال (۱) لو باع مال نفسه عن الغیر (۲) لو باع مال زید عن عمرو (۳) و لو اشتری لنفسه بمال فی ذمة زید (۴)

---

(۱) یعنی إذا عین العاقد فی عقده المال بکونه بذمة زید یجری علی هذا المعین علی العهدة حکم المعین خارجا فی کون التصریح بالخلاف مبطلا أو لا کما لو اشتری لنفسه بثمن بذمة زید.

(۲) یعنی باع مال نفسه لیکون البیع عن الغیر لا عن نفسه بان یدخل الثمن فی ملک ذلک الغیر.

(۳) يعنى باع مال زيد ليكون البيع عن عمرو لا عن زيد بان يدخل الثمن فى ملك عمرو.

(۴) بـان يكون قصـده دخول المبيع فى ملكه فى مقابل الثمن المعتبر بذمـة زيـد و ذكر انه على تقـدير عـدم وكالته عن زيـد يقع البيع لنفسه و يثبت الثمن بـذمته و بعبارة أخرى يؤخـذ بمقتضـى اضافة البيع الى نفسه و يترك اعتبار الثمن بذمة زيد فلا يكون البيع فضوليا ليحتاج فى تمامه إلى إجازة زيد.

و يظهر من كلامـه ان الوجه فى ذلـك عـدم ثبوت المقتضـى لوقوعه لزيـد و هـذا بخلاف صورة وكالته عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثـة بطلان البيع و عدم وقوعه لواحد منهما لأن المقتضـى لوقوعه لكل منهما موجود فالبطلان للتدافع و وقوعه لنفسه لعدم المقتضـى لوقوعه لزيد لان التوكيل لا يشمل مثل هذا الاشتراء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۲

[اعتبار تعيين من له البيع]

لو اشترى عن زيد بشىء فى ذمته فضولا (۱) و مقتضى المعاوضة و المبادلة (۲)

بأن يقصـد دخول المبيع فى ملكه مع خروج الثمن عن ملك موكله و لا أقل من ترجيـح جانب الأصالة و وقوعه عن زيد لما مر من ان تعيين المال بذمة زيد فى حكم الثمن المعين الخارجى فى كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا.

(۱) يعنى لو اشترى لزيـد بثمن فى ذمته و لم يجز الاشتراء زيـد فاجازه عمرو فلا يصـح لا من زيـد فان المفروض عدم أجازته و لا من عمرو لعدم إنشاء المعاملة عنه و عدم اعتبار الثمن فى ذمته.

(۲) و حاصـل ما ذكر المصـنف (ره) فى المناقشـة على الكلام المزبور هو عـدم اعتبار تعيين المالكين أصـلا بل المعتبر فى البيع قصـد المعاوضة بل يخرج المبيع الى ملك من يكون خروج الثمن منه إذ لو صار المبيع الى غير ملكه لم يتحقق عنوان المعاوضة بين المالين بل يكون تمليك كل منهما مجانيا و على ذلك فلو فرض قصـد المعاوضـة من المتعاقـدين فلا محالة يتعين مالك المبيع و الثمن واقعا بلا حاجة الى التعيين.

نعم لاـ بـد فى موارد كون أحـد العوضـين كليـا فى الذمـة من تعيين من يضـاف الى ذمته المـال و لا تكون تعيينه معتبرا بما هو هو بل باعتبار ان الكلى ما لم يكن مضافا الى ذمة معين لا يعتبر مالا ليقع طرفا فى المعاوضة فالتعيين لاعتبار المعاوضة بين المالين.

و يترتب على مـا ذكر انه لاـ يعتبر تعيين المالكين أصـلا فيما كان العوضان معينين مع فرض قصـد المعاوضـة واقعا بل يكون التصـريح على خلاف مقتضى المعاوضة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۳

و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة (۱)

راجعا إلى فائـدة البيع و الشراء كما إذا قال بعت مالى عن زيـد فإنه مع قصـد المعاوضة يكون المفاد إرجاع فائدة البيع بمعنى تمليك الثمن لزيد ثانيا و إذا قال بعت مال زيد عن نفسى فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسى لغوا و لذا ذكروا انه لو أجاز زيد البيع يقع له كما انه لو ملك البائع المال فأجاز البيع المزبور يقع له لا من جهة إضافة البيع الى نفسه بل بناء على صـحة الإجازة فى مسألة من باع شيئا ثم ملك فأجاز فإنه بناء عليها يتم البيع سواء اضافة الى نفسه أم لا بل و حتى مع إضافته إلى المالك الأول.

(۱) المراد بتلك المعاملـة بيع ماله عن غيره فان قصـد كونه عن غيره لغو حيث ان القيـد المزبور لإرجاع فائـدة البيع الى ذلك الغير اى

تمليك الثمن لـذلك الغير قبل تملكه فيكون لغوا لا جعله أحد ركنى المعاوضة و حكمهم ببطلان البيع فى عكس المسألة أى فيما إذا قال للمرتهن بع مالى لنفسك أو قال للمدفوع اليه مالا اشتر لنفسك بهـذا المال طعاما لا ينافى ذلك باعتبار ان مرادهم بالبطلان عـدم وقوع البيع أو الشراء للمرتهن أو المدفوع اليه لا انه لا يصح عن المالك مع أجازته.

(۱) كـان الكلام إلى الآن فى اشتراط البيع بتعيين كل من يقع له البيع و الشـراء بان يقصـد الموجب من يقع انتقال المبيع عنه و ان لم يـذكره للآخر و كـذا ان يقصـد القابل من يقع له الشراء و ان يـذكره للموجب و عـدم اشتراطه بمعنى انه لو لم يقصدا ذلك بل قصدا مجرد المعاوضة كفى.

و قد ظهر انه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع أو الشراء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۴

....

بالمعين خارجا و بين تعلقه بالكلى على العهدة و الكلام فعلا فى أمرين.

الأول- انه لو كان المشترى هو المخاطب بمقتضـى تعيين الموجب و قصده فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء و قبول الإيجاب لغيره أم لا.

الثانى انه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الآخر فى المعاملة بأن يعتبر فيها تعيين المشترى للموجب و انه المخاطب أو انه موكله مثلا و كذا يعتبر تعيين البائع للقابل و انه الموجب أو موكله مثلا.

و ذكر (ره) فى الأمر الأول ان تعيين الموجب أو القابل يكون متبعا الا فيما أحرز عدم لحاظ الخصوصية فى نظرهما كما إذا كان المراد من ضمير الخطاب فى قول الموجب ملكتك المال بكذا المخاطب المتملك للمبيع بالأصالة أو الوكالة.

و بعبارة أخرى إذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب فى القصد فلا بد من اتباعه باعتبار ان العقود تابعة للقصود.

و يظهر ذلك من كلام التذكرة حيث ذكر ان فى صحة بيع الفضولى بإجازة المالك مع جهل الطرف الآخر بالحال اشكالا و وجه الظهور كون الاشكال من جهة ان قصد الجاهل تعلق بتمليك الفضولى أو التملك منه فوقوع الملك للمالك المجيز غير مقصود للجاهل و هذا الاشكال و ان كان ضعيفا باعتبار ان تعلق قصد الجاهل بنقل المال إلى الفضولى و انتقاله منه ليس الا لكونه صاحب المتاع أو الثمن لا لخصوصية له فلا ينافى هذا القصد وقوع البيع أو الشراء للمالك المجيز بإجازته الا ان المفهوم من كلامه اعتبار تعيين الموجب أو القابل باتباع ظاهر كلامهما.

و يحتمل عدم اعتبار التعيين المزبور بان كان الأصل الاولى فى البيع إلغاء قصد الخصوصية فى كل من الطرفين بحيث يجوز للقابل المخاطب القبول عن الغير و لو كان إنشاء الموجب تمليك المتاع إياه بإزاء الثمن بان قال ملكتك المتاع بكذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۵

فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا سابقا (۱).

فقال قبلت لزيد تم البيع إلا فى مورد تصريح الموجب أو قيام القرينة الخارجية بأنه لا يريد البيع الا من القابل المزبور.

و تعرض (ره) للأمر الثانى بقوله (و قد يقال فى الفرق بين البيع و شبهه إلخ) و حاصله انه فى الموارد التى يكون من له العقد مقوما لعنوان العقد كما فى النكاح فان الزوجين فيه بمنزلة المالين فلا بد من التعيين ليكون بين الإيجاب و القبول تطابق و لان عنوان المشترى يصدق على الوكيل أو الولى.

هذا و لكن كلا الوجهين ضعيف.

اما الوجه الأول فلان مقتضاه لزوم تعيين الزوج و الزوجة فى النكاح لا عدم لزوم تعيين البائع و المشترى كيف و لا يكون الموقوف عليه أو الموصى اليه أو المتهب ركنا فى الوقف و الوصية و الهبة مع انه لا بد من تعيينهم كالنكاح و الوجه فى عدم كونهم ركنا ان كلا من العقود المزبورة نظير البيع تمليك و الملك لا يكون بلا مالك لا محالة و اما الوجه الثانى فإن عنوان المشترى أيضا لا يصدق حقيقة على الوكيل فى إجراء عقد الصيغة و قد نص فخر المحققين و غيره بان معنى البيع فى لغة العرب جعل المخاطب مالكا و مقتضى ذلك ان مع عدم جعل الملك الا للموكل لا يكون الوكيل القابل مشتريا.

(۱) ما ذكر سابقا هو صدق عنوان المشترى على الوكيل فى الشراء حقيقة و عدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول الزواج.

و اعترض (ره) عليه بأنه لا فرق بينهما و ان المشترى بمعناه الحقيقى لا يصدق على الوكيل فى قبول الإيجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۶

....

إيجاب النكاح.

نعم التزم (ره) بقوله و لعل الوجه عدم تعارف إلخ بأنه قد يطلق عنوان المشترى بالعناية على الوكيل فى قبول إيجاب البيع كما يتعارف إرادة الأعم من الأصالة من ضمير الخطاب فى مثل قوله ملكتك بخلاف الضمير فى قول المرأة زوجتك و بخلاف عنوان الزوج فإن الإطلاق بنحو العناية فى عنوان الزوج أو إرادة الأعم من ضمير الخطاب فى قول المرأة غير متعارف.

و على ذلك فلا بأس بأن يقول البائع ملكتك المال بكذا و يقول القابل قبلت عن فلان بخلاف النكاح فإنه لا يصح فى قبول قول المرأة زوجتك نفسى ان يقول المخاطب قبلت عن فلان و جواز الإطلاق و ارادة الأعم من الضمير فى البيع بنحو العناية لا ينافى تقديم مدعى الأصالة عند اختلافهما فى ان قبول الإيجاب كان بنحو الوكالة أو الأصالة لان مقتضى ظهور العقد أو أصالة عدم النيابة هو التقديم المزبور و تعارف الاستعمال بنحو العناية لا ينافى كونه خلاف الأصل كما ان تعارف المجاز فى سائر الألفاظ لا ينافى حملها على الحقيقة مع عدم إحراز العناية فى الاستعمال.

أقول قد مر ان مع كون العوضين معينين لا حاجة الى تعيين المالك و تمييز من يكون له البيع أو الشراء بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضة بين المالين و إنشائها بين العوضين و لو اعتقد البائع مثلا ان الثمن المفروض ملك المخاطب و قال له ملكتك مالى بذلك المال و قبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة أو الولاية تم البيع.

و بالجملة الخطاء و الاشتباه فى المال المفروض كونه شخصا لا يوجب انتفاء التطابق المعتبر بين الإيجاب و القبول فان قصد المعاوضة مقتضاه اعتبار النقل و الانتقال عن المالك واقعا.

نعم لو صرح البائع بأنه انما يبيع ماله من المخاطب على شرط كون الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۷

....

المزبور ملكا له فقال المخاطب قبلت عن مالكه و هو زيد بطل البيع باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب المشروط و القبول الخالى عنه فإن الإيجاب المزبور بمنزلة أن يقول البائع بعتك هذا المال على ان الثمن المفروض موصوفا بكذا فيقول القابل قبلت بلا شرط فالبطلان باعتبار عدم التطابق من ناحية الشرط فان شرط كون فلان مالكا للثمن المزبور كسائر الشروط و الأوصاف المعتبرة فيه التى يكون إلغائها فى القبول موجبا لانتفاء التطابق.

و لو وقع فی هـذا الفرض بعـد تمام العقـد الاختلاف فی اعتبار خصوصـیة المالک فی ناحیـة الثمن أو المثمن فالأصل عدم اشتراطها و یکون القول قول منکرها و اما إذا کان العوضان بنحو الکلی علی العهـدة فاللازم تعیین صاحب العهـدة فی العقـد لما مر من ان الکلی مع عـدم إضـافته إلی عهـده معین لا ـ یقع علیه المبادلـة فإن ما علی عهـدة المعتبر غیر ما علی عهـدة الآخر فلو قال البائع للوکیل بعتک المال بکـذا من الـدراهم علی عهـدة زید و قبل الوکیل المال بالدراهم علی عهدة عمرو لم یتم البیع لعدم تطابق بین الإیجاب و القبول فی ناحیة الثمن.

نعم لو قال بعتک المال بکـذا من الـدراهم و قال قبلت لموکلی صـح فیما إذا کان المراد بضـمیر الخطاب الأعم من الأصالة و النیابة و یکون مع الاختلاف فی الأصالة و النیابة فی هذا الفرض الترجیح لقول من یدعی الأصالة أخذا بأصالة الظهور.

و قد ظهر مما ذکرنا حکم ما لو کان أحد العوضـین فی المعاملة شخصا و الآخر کلیا علی العهدة فإنه یجری علی الکلی ما ذکر للکلی و علی الشخصی ما ذکر للشخصی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۸

[من شرائط المتعاقدین الاختیار]

اشارة

من شرائط المتعاقدین الاختیار (۱)

---

(۱) فسر (ره) الإکراه بما یقابل الاختیار الذی یکون المراد به فی المقام القصد الی حصول مضمون العقد و طیب النفس به و مقتضی المقابلة ان یکون الإکراه هو القصد الی مضمون العقد عن کراهة و بلا طیب النفس به.

و بعبارة أخری لیس المراد بالاختیار هنا مقابل الجبر الـذی لا یکون فی مورده قصـد من المباشـر أصـلا أو یکون مقهورا فی قصـده و فعله بحیث لا یصح معه اسناد الفعل الی المباشر حقیقة کافعال العباد علی مسلک الجبر.

و الحاصـل ان الاختیـار المعتبر فی البیع و غیره من العقود و الإیقاعـات أمر زائـد علی الاختیار المقابل للجبر و اسـتدل علی اعتبار هـذا الاختیـار بقوله سـبحانه إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ حیث ان تقییـد التجارة بکونها عن تراض مقتضاه اعتبار طیب النفس بها و بقوله علیه السّلام لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه و بحدیث الرفع حیث و رد فیه رفع عن أمتی ما استکرهوا علیه.

و الحدیث و ان کان ظاهره بقرینة وحدة السـیاق نفی المؤاخذة فان نفیها مراد فی قوله رفع عن أمتی ما لا یعلمون و الطیرة و الحسد الا انه یرفع الید عن الظهور بقرینة ما فی بعض الروایات کصحیحة البزنطی من استشهاده علیه السلام علی بطلان الحلف بالطلاق و العتاق بفقرة رفع عن أمتی ما استکرهوا علیه «۱» و المراد بالحلف بالطلاق و العتاق ان یقول الحالف مثلا ان فعلت کذا فامرأتی طالق أو أمتی حرة و هذه الحلف و إن کان باطلا و لا یقع به طلاق أو عتاق و لو مع عدم الإکراه الا ان استشهاده علیه السلام لبطلانه بالحدیث قرینة علی عدم اختصاصه برفع المؤاخذة.

---

(۱) الوسائل- الجزء (۱۶) الباب (۱۲) الحدیث (۱۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۹

و حکمهم بعدم وجوب التوریة (۱)

أضف الی ذلک ما ورد فی بطلان طلاق المکره بضمیمهٔ عدم احتمال الفرق بین الطلاق و سائر العقود و الإیقاعات فی البطلان و عدمه مع الإکراه.

ثم تعرض (ره) لما ذکره الشهیدان من کون المکره بالفتح قاصدا للفظ و غیر قاصد مدلول العقد فذکر ان مدلول العقد مضمونه و کون المکره غیر قاصد له معناه انه لا یقصد حصول ذلک المضمون خارجا بان یثبت لذلک المضمون واقعیهٔ.

و ان شئت قلت و لو کان قصد المکره بالفتح بقوله بعت کذا بکذا إنشاء الملکیهٔ إلا ان إنشائها لا یکون لغایهٔ حصولها خارجا بل بداعی دفع الضرر المتوعد به و لیس المراد انه لا ینشأ الملکیهٔ أصلا کما توهمه بعض من کلامهما فإنه مع عدم الإنشاء لا یکون قوله بعت کذا بکذا بیعا أو قوله هی طالق طلاقا.

و بالجملهٔ الخالی عن قصد الاستعمال و الإنشاء هو الذی یتلفظ تقلیدا أو تلقینا کما فی الطفل الجاهل بالمعانی و لا یکون المکره بالفتح کذلک فمرجع کلام الشهیدین الی ان إنشاء المکره لیس بداعی تحقیق الشیء بحیث یترتب علیه الأثر بل لغرض التخلص عن الوعید فالفرق بین المکره بالفتح و غیره ان إنشاء الملکیهٔ فی الأول لا یکون بداعی حصولها خارجا بل بداعی التخلص عن وعید المکره و ضرره بخلاف بیع المختار فإن إنشاء الملکیهٔ منه یکون بداعی حصولها خارجا.

(۱) ذکر (ره) کما مر ان إنشاء البیع مثلا بداعی التخلص عن الولید لا لغایهٔ تحقیقه خارجا هو المراد من عدم قصد المکره بالفتح مدلول العقد و کون هذا هو المراد من عدم قصده لا یکاد یخفی علی من تأمل فی معنی الإکراه لغهٔ و عرفا و علی من تتبع فیما ذکره الأصحاب فی فروع الإکراه فإن تلک الفروع لا یناسب توهم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۰

....

خلو المکره بالفتح عن القصد بان لا یستعمل قوله بعت کذا بکذا فی إنشاء الملکیهٔ لیکون الإکراه مقابلا للقصد ای استعمال اللفظ فی المعنی.

و قوله (ره) و حکمهم- بعدم وجوب التوریهٔ و بصحهٔ بیع المکره بعد الرضا و استدلالهم علی بطلان بیع المکره بالأخبار الواردهٔ فی طلاق المکره بضمیمهٔ عدم الفرق بین الطلاق و سائر العقود و الإیقاعات و بما ورد انه لا طلاق الا مع الإرادهٔ و استدلالهم ایضا علی بطلان بیع المکره بما ورد فی بطلان من یکون طلاقه مداراهٔ بأهله بان ینشأ الطلاق لا لحصوله واقعا بل لان یوهم زوجته الأخری مثلا بأنها زوجته الوحیدهٔ الباقیهٔ فی علقته لتترک نشوزها- کل ذلک معطوف علی ما ذکره الأصحاب فی قوله ادنی تتبع فیما ذکره الأصحاب و یکون عطفها تفسیریا فإنها من الفروع التی یکون التتبع فی المذکور فیها موجبا للجزم بعدم خلو المکره بالفتح عن قصد المعنی و الإنشاء.

بل یکفی فی الجزم بذلک ما ذکره الشهید الثانی من ان المکره و الفضولی قاصدان الی اللفظ دون مدلوله و وجه الکفایهٔ انه لا ریب فی تحقق قصد الاستعمال من الفضولی و جعل المکره مثله قرینهٔ جلیهٔ علی کون المراد من عدم قصد المعنی ما تقدم تفصیله.

أقول ان کانت ملکیهٔ العین فی إنشاء البیع بنظر العاقد فلا ریب فی حصولها من المکره بالفتح فإنه لا یکون إنشاء بدون قصد حصولها أو قصد إبراز حصولها علی الوجهین فی معنی الإنشاء و علی ذلک یبتنی ما سیأتی من عدم لزوم التوریهٔ علی المکره و تمام بیع المکره بلحوق الرضا و ان کانت الملکیهٔ بنظر العقلاء أو اعتبار الشرع فهذه الملکیهٔ أجنبیهٔ عن قصد العاقد فإنها اعتبار الغیر یترتب علی تمام موضوعها سواء قصدها العاقد أم لا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۱

....

فإن أراد الشهیدان بقولهما (ان المکره بالفتح قاصد الی اللفظ دون المدلول) الملکیة بنظر العاقد فقد ذکرنا انه لا یکون بیع الا مع قصد حصولها أو إبراز حصولها و ان کان مرادهما الملکیة فی اعتبار العقلاء و الشرع المعبر عنها بالأثر فلا یعتبر فی حصول البیع قصد حصولها بل قد لا یکون قصد حصولها فی بیع المختار ایضا کما إذا اعتقد فقد شرط صحة البیع و قد یقصدها المکره بالفتح کما إذا اعتقد صحة بیعه و نفوذه کبیع المختار.

و الحاصل ان کلام الشهیدین غیر تام بل لا نجد فرقا بین بیع المکره ای إنشائه ملکیة المثمن بإزاء الثمن و بین بیع المختار إلا فی جهة واحدة و هی انطباق عنوان الإکراه علی البیع فی الأول دون الثانی.

(لا یقال) الفرق بینهما فی حصول طیب النفس و التراضی فی الثانی دون بیع المکره.

(فإنه یقال) التراضی المعتبر فی المعاملات موجود فی بیع المکره أیضا فإذا أکرهه الجائر علی دفع مقدار من المال و توقف تحصیل ذلک المال علی بیع داره یصح البیع و لا یکون ذلک اکراها علی البیع بخلاف ما إذا أکرهه علی بیع تلک الدار فإنه لا یصح لوقوعه مکرها علیه مع ان فی الرجوع الی الوجدان کفایة بأنه لو لم یکن إکراه الجائر لم یکن البیع فی الموردین فإن الداعی إلی بیعها فی الفرضین التخلص من وعید الجائر و ضرره.

و قد بینا فی بحث المقدمة من الأصول ان الداعی إلی الإتیان بذی المقدمة بعینه داع إلی الإتیان بمقدمته و إذا کان دفع المال إلی الجائر فی الفرض الأول للتخلص من وعیده یکون الداعی إلی مقدمته أیضا یعنی بیع الدار التخلص المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۲

....

و بهذا یظهر ان ما ذکره المصنف (ره) فی توجیه کلام الشهیدین من ان الداعی إلی البیع من المختار لا یکون التخلص من وعید الغیر و ضرره بخلاف صورة الإکراه فإنه یکون داعیه الیه التخلص المزبور غیر صحیح کما ان دعوی حصول الرضا و طیب النفس بالبیع فی صورة الإکراه علی دفع المال الذی یتوقف تحصیله علی بیع المکره داره و عدم حصوله فی صورة الإکراه علی بیع داره تحکم.

و ما ذکر أیضا فی الفرق بین مورد الإکراه علی البیع و البیع لدفع الضرر بقوله و الحاصل ان الفاعل قد یفعل لدفع الضرر و لکنه مستقل فی فعله و مخلی و طبعه بحیث یطیب نفسه به و ان کان من باب علاج الضرر و قد یفعل لدفع ضرر إیعاد الغیر علی ترکه و هذا مما لا یطیب النفس به و ذلک معلوم بالوجدان کما تری فإنه نفرض فرضا ان الفرق بین موارد البیع لدفع الاضطرار الی ثمنه و بین البیع لدفع ضرر إیعاد الغیر تام فکیف یصح الفرق بین الإکراه مثلا علی بیع داره و الإکراه علی دفع مال یتوقف تحصیله علی بیع داره بان یقال بحصول طیب النفس و الرضا بالبیع فی الثانی دون الأول بل ذکرنا عدم الفرق بینهما فی طیب النفس أصلا و انما الفرق بینهما فی صدق الإکراه علی بیع الدار فی الأول دون الثانی و الموجب لصدقه علیه فی الأول أمر الجائر ببیعها و وعیده علی ترکه بخلاف الثانی فإن بیعها فیه لا یکون لأمر الجائر به لیعمه حدیث رفع الإکراه بل للتمکن علی مال أمر الجائر بدفعه الیه فلا یکون نفس البیع مکرها علیه.

فتحصل مما ذکرنا ان الموجب لصدق الإکراه علی البیع أو غیره تعلقه بنفس البیع أو غیره من الإنشائیات فالتفرقة بالحکم بصحة البیع فی مورد الاضطرار الی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۳

....

البیع أو الإکراه علی مثل دفع المال الموقوف تحصیله علی بیع متاعه و الحکم بالبطلان فی مورد الإکراه علی البیع باعتبار شمول حدیث رفع الإکراه للأخیر دون الأولین و ذکر رفع الاضطرار فی حدیث الرفع لا یقتضی الحکم ببطلان البیع فی مورد الاضطرار الی ثمنه، و ذلک فان رفعه کرفع غیره من المذکورات فی الحدیث للامتنان و التوسعة علی الأمة و لا امتنان فی نفی البیع و الحکم بفساده فی مورد الاضطرار بخلاف الحکم بالفساد فی مورد الإکراه علی بیع شیء فان فیه توسعة علی المکره بالفتح کما لا یخفی.

ثم ان الحکم ببطلان بیع المکره و نحوه من المعاملات لا یحتاج إلی ضمیمة صحیحة البزنطی المتقدمة لیقال ان استشهاده علیه السّلام ببطلان الحلف بالطلاق و العتاق عند الإکراه علیهما بحدیث رفع یمکن ان یکون جدلیا مبنیا علی اعتقاد العامة بأن حدیث الرفع لا یختص برفع المؤاخذة و وجه عدم الحاجة ان المراد بالمکره علیه هو الفعل حیث لا یتعلق الإکراه و الاضطرار الا بالفعل و من الظاهر ان رفعهما یکون فی مقابل وضعهما و الوضع فیهما معناه ان یثبت الحکم الثابت بالفعل مع قطع النظر عن طریانهما و إذا کان الفعل المکره علیه من الأفعال الخارجیة یکون المرتفع الحکم التکلیفی و إذا کان من المعاملات فالمرتفع الحکم الوضعی یعنی إمضاء الشارع أو هو مع الحکم التکلیفی علی اختلاف الموارد.

و مما ذکرنا یظهر انه لا یرتفع بحدیث الرفع الأحکام التی لا تکون موضوعاتها الأفعال بل یثبت بالافعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضا کما إذا أکرهه علی إفطار صومه فإنه لا یرتفع بحدیث رفع الإکراه وجوب قضائه لأن وجوب القضاء موضوعه فوت الصوم لا إفطاره.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج٢، ص: ٢٣۴

....

نعم قد یفوت الصوم بإفطاره کفوته بنسیان الصوم أو نسیان جنابته أو کون المکلف مریضا أو مسافرا و نحو ذلک مما لا یکون من قبیل الإفطار و هذا بخلاف وجوب الکفارة فإن موضوعه الفعل یعنی الإفطار أو الجماع فی نهار شهر رمضان فیرتفع وجوبها عند الإکراه علیهما.

لا یقال لا حاجة فی الحکم ببطلان بیع المکره و نحوه من المعاملات بحدیث الرفع أصلا فإن أدلة إمضاء البیع و وجوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البیع المکره علیه فان البیع المزبور لا یکون مورد الإمضاء حتی فی اعتبار العقلاء فالحکم ببطلانه لقصور أدلة الإمضاء لا لوجود حاکم أو مخصص لها.

فإنه یقال لا وجه لدعوی انصراف أحل اللّه البیع و نحوه عن بیع المکره لان الموضوع لإمضاء الشرعی نفس البیع لا البیع الممضی فی اعتبار العقلاء و قد ذکرنا فی بحث الصحیح و الأعم أن إمضاء العقلاء کامضاء الشرع غیر داخل فی معنی البیع و نحوه فان بیع السارقین و الغاصبین لا یکون ممضی حتی عند العقلاء مع صحة إطلاق البیع علیه بلا عنایة.

و بعبارة أخری إذا کان تملیک عین بعوض بیعا عند العرف و لکن غیر ممضی من ناحیتهم فهو داخل فی الموضوع فی مثل أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ فلا بد فی رفع الید عن إطلاقه من وجود مقید نظیر قوله لا بیع إلا فی ملک و یترتب علی کون الموضوع لإمضاء الشرع نفس البیع انه لو باع اللقطة بعد تعریفها سنة و تملکها حتی مع احتماله الظفر بمالکها ثم ظهر المالک فلا یستحق المالک المطالبة بعین اللقطة حتی مع بقائها بید المشتری فان هذا مقتضی أحل اللّه البیع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مع ان العقلاء لا یمضون البیع من البائع فی الفرض و لا یفرقون بین هذا البیع و بیع مال الغیر اشتباها و اعتقادا بأنه ماله ثم ظهر انه مال الغیر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج٢، ص: ٢٣۵

....

و مـا ذکر من سیرة العقلاء علی عـدم لزوم بیع المکره فتکون هـذه السیرة کاشـفة عن عـدم إمضاء الشرع و الا ورد الردع عنها برادع خـاص و لاـ یکفی فیهـا الإطلاـق و العموم ففیه ان سیرة العقلاـء یمکن دعواهـا فی الموارد الـتی یکون الإـکراه فیهـا من قبیـل الجور الشخصی و اما إذا کان بنحو الجور العام کما إذا أمر السلطان بان کل أجنبی یلزم علیه بیع داره من أهل هذه البلاد خلال شهرین و الا یؤخـذ منه داره ففی مثـل ذلـک لا یری العقلاء بیع الأجانب دورهم مع اعترافهم بأن أمر السـلطان جور علیهم بیعا لغوا بل یرتبون علیه الأثر کما یظهر ذلک لمن تتبع سیرتهم و المتحصل ان العمدة فی الحکم بالبطلان فی بیع المکره و نحوه حدیث رفع الإکراه.

لا یقال کیف یکون التراضی و طیب النفس بالمعاملة فی مورد الإکراه مع ان الإکراه مع طیب النفس و التراضی متضادان.

فإنه یقال نعم الکره و هو عـدم کون الشـیء ملائما للطبع مع طیب النفس بمعنی ابتهاجها و الرضا القلبی متضادان و لکن طیب النفس أو الرضا القلبی غیر معتبر فی بیع و لا فی غیره حتی فی الطلاق الوارد فیه کونه بإرادة القلب کما یأتی و لـذا قالوا بصـحة الطلاق لعدم صـدق الإـکراه فی مثـل مـا رأی الزوج أنهـا لو بقیت فی حبـاله لوقعت علیه وقیعـة من أخیها أو أبیها أو غیرهما فالتجأ إلی طلاقها و لا تکون کراهته قلبا موجبا لبطلانه.

و بالجملة المعتبر فی صـحة البیع و غیره من المعاملات التراضی المعاملی و هو موجود فی موارد الإکراه فإنه مساوق للإنشاء و قد ذکر المفسـرین ان قوله سـبحانه عَنْ تَراضٍ فی قوله إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ خبر بعد خبر و هذا شاهد علی ان التراضـی المعاملی یعم جمیع المعاملات و ان التجارة أحد أفرادها و لو کان المدرک لاعتبار طیب النفس قوله علیه السـلام (لا یحل مال امرء مسـلم الا بطیبة نفسه) بدعوی انه یعم تملک مال الغیر بالبیع و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۶

....

نحوه مع ظهور طیبها فی الطیب القلبی و الرضا الواقعی کما لا یبعد فلا بد من رفع الید عن عمومه فی المعاملات بما تقدم.

نعم لا یبعـد اعتبار طیب النفس بـذلک المعنی فی التصـرف فی مال الغیر کما إذا أقام فی بیته تعزیة کعزاء خامس أهل البیت العصـمة سلاـم اللّه علیه و دخـل فی البیت بتلک المناسـبة شـخص و تصـرف فیها بما یکون خارجا عن المتعارف باسـتعمال الماء الکثیر بغسـل بعض ثیابه أو المکث فی مرحاضـها طویلا مع عـدم علمه برضا صاحب البیت فهذه التصـرفات التی ربما یمتنع المالک عن إظهار عدم رضاه بها للتحفظ علی کرامته غیر جائز لذلک الشخص فإنه لا یحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه.

و هـذا بخلاف فرض حصول المعاملـة کما إذا وهب المال للسائل تحفظا علی کرامته فان دلیل نفوذ الهبـة أو غیرها مع عدم حاکم فی البین من حدیث رفع الإکراه أو الاضـطرار مقتضاه دخول العین الموهوبة فی ملک المتهب فلا یکون الموهوب مال الغیر حتی لا یجوز التصـرف فیه بلا طیب نفس مالکه و ما یتعارف فی الألسـنة من ان المأخوذ حیاء کالمأخوذ غصبا بلا شاهد فی مثل المورد المزبور من المعاملات.

لا یقال قد ورد فی روایات أنه لا طلاق الا ما أرید به الطلاق و مقتضی تلک الروایات عدم القصد فی مورد الإکراه.

فإنه یقال لم یظهر أن الروایات المشار إلیها قـد وردت فی طلاق المکره و بیان بطلانه بل لا یبعـد کونها ناظرة الی ما یصدر عن الزوج أحیانا لتخویف زوجته من الإتیان بصورة الطلاق جلبا لطاعتها و فی مثله لا یکون إنشاء الفرقـة بینه و بین زوجته حقیقـة فمـدلول تلک الروایات أن لا أثر للتکلم التخویفی المزبور الذی فی حقیقته تلفظ بصیغة أنت طالق و نحوها من غیر قصد الإنشاء لمضمونها بل یکون التلفظ بها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۷

حقیقة الإكراه لغة و عرفا (۱) هل یعتبر فی موضوع الإكراه (۲) أو حكمه (۳)

مع إمرار المتكلم معناها الی ذهن السامع فقط و ربما یكون ذلك فی مورد الإكراه أیضا بأن یتلفظ المكره بالفتح بصیغة الإیجاب فی الطلاق و نحوه من غیر قصد الإنشاء و هذا لا یترتب علیه ما سنذكر من تمام البیع بلحوق الإجازة و غیره من الأحكام.

و یشهد لعدم نظر تلك الروایات إلی صورة الإكراه علی الطلاق ان صاحب الوسائل (ره) أوردها فی باب اشتراط الطلاق بالقصد لا فی باب اشتراط الاختیار فی الطلاق بل فی حسنة یحیی بن عبد الحسن عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال سمعته یقول لا یجوز طلاق فی استكراه و لا تجوز یمین فی قطیعة رحم الی ان قال و انما الطلاق ما أرید به الطلاق من غیر استكراه «۱» و هذه الحسنة قرینة واضحة علی ان المراد بإرادة الطلاق غیر الطلاق بغیر الإكراه.

(۱) لا یخفی ان المعتبر فی صدق الإكراه هو الأمر بالبیع أو غیره بحیث تكون مخالفة الأمر مظنة الضرر بحاله أو بحال متعلقیه و قد یكون الفعل من الفاعل لمجرد دفع ذلك الضرر و اما الوعید من الأمر فلا یعتبر اقتران أمره به كما یظهر ذلك من ملاحظة موارد الإكراه علی المعاملة أو غیرها من الأفعال.

(۲) بأن یكون عدم إمكان التفصی بالتوریة أو غیرها مقوما لعنوان الإكراه.

(۳) بان لا یكون البیع أو غیره محكوما بالفساد مع إمكان التفصی عن إنشائه

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۵) الباب (۳۷) من أبواب الطلاق الحدیث (۴)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۲، ص: ۲۳۸

ثم انه هل یعتبر فی موضوع الإكراه (۱)

بالتوریة أو غیرها و لو مع صدق الإكراه علیها.

(۱) ذكر (ره) بما حاصله ان ظاهر الروایات و فتاوی الأصحاب عدم اعتبار العجز عن التفصی بالتوریة فإن حمل عموم حدیث رفع الإكراه و الروایات الدالة علی عدم الأثر للطلاق باستكراه أو العتاق و الحلف كذلك علی صورة عدم إمكان التفصی بالتوریة من جهة غفلة المكره بالفتح عنها و نسیانها لدهشته أو جهله بكیفیتها بعید حیث أنه من حمل المطلق علی الفرد النادر بل لا یمكن هذا الحمل فی مورد بعض الروایات و المراد ما ورد فی قضیة عمار لما سیأتی أنه لو كان عدم إمكان التفصی بالتوریة معتبرا فی رفع الإكراه لذكر (صلّی اللّه علیه و آله) لعمار أنه علیه أن یوری فیما إذا ابتلی بمثل الواقعة لا أن یقول له (ان عادوا فعد).

بل یظهر من بعض الروایات عدم اعتبار التفصی بغیر التوریة أیضا كروایة عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال لا یمین فی غضب و لا فی قطیعة رحم و لا فی إكراه و لا فی إجبار قلت أصلحك اللّه فما الفرق بین الإكراه و الإجبار قال الإجبار من السلطان و یكون الإكراه من الزوجة و الام و الأب و لیس ذلك بشیء «۱» و وجه الظهور انه یمكن التفصی عادة فی إكراه الأم و الأب و قوله علیه السّلام علی ما فی الروایة و لیس ذلك بشیء المراد أن الیمین فی الموارد المزبورة لا یكون موجبا لوجوب الوفاء و عدم جواز الحنث و یؤید عدم اعتبار التفصی بغیر التوریة أیضا عدم الفرق بینها و بین التفصی بغیرها فإنه لو كان إمكان التفصی بغیر التوریة موجبا لانتفاء عنوان الإكراه لكان إمكان التفصی بها كذلك لان المصحح لعنوان الإكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به بارتكاب ما اكره علیه كما هو الفرض فلا فرق بین

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۶) الباب (۶) الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۳۹

....

التخلص بكلام آخر أو فعل آخر أو إرادة المعنى الآخر.

و دعوى ان مع إمكان التورية و ان لا يكون إكراه حقيقة كإمكان التفصى بغيرها الا ان الشارع قد وسع حكم الإكراه مع إمكان التورية مدفوعة بعدم الشاهد لها.

ثم انه (ره) قد وجه الدعوى المزبورة بأنه يعتبر فى صدق الإكراه خوف ترتب الضرر على مخالفة المكره بالكسر و مع إمكان التفصى بغير التورية لا يحصل الخوف فى مخالفة المكره حيث ان الضرر مع إمكان التفصى يترتب على ترك الفعل المكره عليه و ترك التفصى معا و ليس التفصى مكرها عليه و لا بد لا عنه حيث لم يأمر به الجائر لا تعيينا و لا تخييرا ليكون نظير ما إذا أكرهه على شرب الخمر أو فعل القمار بل الفعل المتفصى به مسقط للإكراه يعنى رافع موضوعه و كون التفصى مسقطا للإكراه يجرى فى مورد إمكان التفصى بالتورية أيضا الا ان الشارع قد رخص فى مورد إمكان التفصى بالتورية فى تركها حيث لم يعتبر التورية تفصيا و يستفاد ذلك من إطلاق الروايات الواردة فى طلاق المكره و عتقه و مما دل على جواز الحلف باللّه كاذبا عند الخوف و الإكراه فإن حمل الإطلاق على صورة العجز عن التورية كما تقدم حمل على الفرد النادر بل لو كان العجز عن التورية معتبرا لأشير إليها فى تلك الاخبار خصوصا فى قضية عمار فان تنبيه رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله عمار على التورية و ان لم يكن واجبا الا ان شفقته (صلّى اللّه عليه و آله) لعمار تقتضى ذلك لما رآه صلى اللّه عليه و آله من اضطرابه و تأثره من تكلمه بكلمة الكفر لا ان يقول له و ان عادوا عليك فعد.

و لعل وجه عدم وجوب التنبيه ان المورد من قبيل الإرشاد إلى الموضوع مع غفلة المكلف عنه حيث لا بد من فرض ان عمار قد نسى التورية و غفل عنها عند إكراهه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۴۰

....

على الاعتراف بالشرك لا ان تركه التورية كان لجهله بالحكم و عدم علمه بوجوب التورية فى هذه الموارد كما هو الحال فى ترك بعض الناس أو جلهم فان عدم رعاية بعض تكاليف الشرع منهم يكون لجهلهم بها و فرض مثل هذا الجهل لا يناسب شأن عمار و لا تطبيق الإكراه على فعله كما هو مقتضى نزول الآية الا من اكره و قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمانِ.

ثم انه (ره) قد فصل أخيرا بين التورية و غيرها بان التمكن على التفصى بالتورية لا ينافى صدق الإكراه على العمل بخلاف غير التورية فإن التمكن على التفصى به يمنع عن صدق الإكراه و ذلك فان ترتب الضرر على مخالفة المكره لا يترتب على المخالفة الواقعية بل على اعتقاد المكره بالكسر بها بمعنى أنه لو أحرز مخالفة المكره بالفتح لأضربه و هذه القضية الشرطية صادقة مع تمكن المكلف على التورية حيث ان المكره بالكسر لو أحرز ان المكره بالفتح ورى فى نفسه و لم ينشأ العقد لا ضربه بخلاف التفصى بغير التورية فان الجائر لا يتمكن على إضرار المكره بالفتح مع تفصيه بغير التورية كما إذا تفصى بالسفر الى بلاد آخر لا يصل اليه فيها يد الجائر و على ذلك لا يعتبر العجز عن التورية فى صدق الإكراه و يعتبر العجز عن التفصى بغيرها فى صدقه.

(أقول) ما ذكره (ره) من أن حمل رفع الإكراه و ما ورد فى بطلان الطلاق و العتاق عن استكراه على صورة العجز عن التورية بعيد لا يمكن المساعدة عليه فان حديث رفع الإكراه لا يختص بالعقود و الإيقاعات ليقال ان التمكن على التورية فيهما غالبى فاختصاصه بصورة العجز عن التورية حمل لعموم رفعه على الموارد النادرة بل يعم عمومه الإكراه على فعل الحرام و ترك الواجب مما لا دخل

فی موردهما للتوریة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۱

....

و عدمها.

أضف الی ذلک أنه لا یوجب اعتباره حمل المطلق علی فرده النادر حتی فیما فیما ورد فی بطلان الطلاق أو العتاق أو الحلف کاذبا عن إکراه و ذلک فإن الذی لا یمکن هو حمل المطلق علی فرده النادر مع ورود الحکم فی الخطاب علی ذلک المطلق کما إذا ورد فی الخطاب اقتلوا الضال المضل فان حمله علی خصوص مدعی النبوة مثلا حمل للمطلق علی فرده النادر.

و اما بیان الحکم فی الخطاب للمطلق الذی لا یوجد له أفراد کثیرة بل یوجد فرده نادرا کما إذا ورد فی الخطاب اقتلوا المتنبی فالالتزام بمدلوله مع قلة أفراده لا محذور فیه و الأمر فی المقام کذلک لأن الإکراه علی الطلاق و العتاق لا یصدق الا مع العجز عن التفصی بالتوریة أو بغیرها حیث ان المعتبر فی صدق الإکراه علی فعل خوف ترتب الضرر علی المخالفة و المفروض فی موارد إمکان التفصی انه یترتب علی المخالفة و ترک ذلک التفصی معا.

و الحاصل ان ما ورد فی بطلان طلاق المکره و عتاقه و جواز الحلف کاذبا مع الإکراه من قبیل ورود الحکم فی الخطاب علی المطلق الذی لا یوجد له فرد الا نادرا.

هذا مع ان العجز عن التوریة للغفلة عنها لدهشته و نحوها کثیرة و لا یکون من الفرض النادر و اما قضیة عمار فیمکن ان یقال ان التوریة فیها لا یکون من التفصی أصلا و لذا لم یأمر بها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و ذلک فإن إظهار الکفر و الاعتراف به محرم حتی فیما إذا کان بنحو التوریة فی مقابل وجوب إظهار الحق و الاعتراف بالتوحید.

و بعبارة أخری إذا کان التکلم بکلمة الکفر و الشرک مع نصب القرینة علی ان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۲

....

التلفظ بها لیس للإنکار و العناد کما إذا قال یقول الیهود ان محمدا لیس بنبی فلا بأس به فإنه نقل قول و حکایة کفر عن الآخرین.

و اما إذا لم ینصب قرینة علی ذلک فالتلفظ بها حرام وری فی نفسه أولا فإن التکلم المزبور إعزاز للشرک و الکفر و إذلال و وهن للإسلام و نظیره موارد السب فان التلفظ بکلمة تکون ظاهرة فی سب المؤمن حرام و لو کان بنحو التوریة حیث ان وهن المؤمن و نقص حرمته یترتب علی السب وری فی نفسه أم لا.

و الحاصل لا یخرج الفعل فی مثل هذه الموارد بالتوریة عن عنوان الحرام لتجب التوریة و لا یکون معها من الإکراه علی الحرام و کذا لا یمکن المساعدة علی استظهاره (ره) عدم اعتبار العجز عن التفصی بغیر التوریة أیضا من روایة عبد اللّه بن سنان و ذلک فإنه مع الإغماض عن سندها ان الإکراه فیها لا یکون بمعنی الإکراه الوارد فی حدیث الرفع و نحوه مما یکون طریانه موجبا لارتفاع حکم الفعل لیجعل شاهدا لعدم اعتبار التفصی فإن الأم و الأب لا یکون فی مخالفتهم خوف الضرر عادة و لذا جعل طلبهم مقابلا لأمر السلطان و عبر عنه بالإجبار باعتبار ترتب خوف الضرر علی مخالفته.

و بتعبیر آخر إطلاق الإکراه علی طلب الزوجة و الام و الأب بضرب من العنایة و التجوز.

و ما ذکر (ره) أخیرا من صدق الإکراه حتی مع التمکن علی التوریة و عدم صدقه مع التمکن علی التفصی بغیرها غیر صحیح فإنه یعتبر فی صدق الإکراه خوف المکره بالفتح من المخالفة و هذا لا یکون الا مع احتماله اطلاع المکره بالکسر علی حاله و إذا علم

عدم إمکان اطلاعه علی توریته فکیف یحصل له خوف الضرر المصحح

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۳

ثم ان ما ذکرنا من اعتبار العجز (۱)

لصدق الإکراه.

و لو کان المیزان فی صدق الإکراه مجرد القضیهٔ الشرطیهٔ المزبورهٔ فلازمها جواز شرب الخمر مثلا فیما إذا أمر الجائر بشربها مع تمکن المأمور بصبها فی الأرض أو خارج الفم و إیهام الجائر بأنه یشربها فان هذا الفعل نظیر التوریهٔ فی انه لو اطلع الجائر علیه لأوقعه فی الضرر.

فتحصل من جمیع ما ذکرنا إلی الان انه لا فرق بین الإکراه الرافع للتکلیف و الرافع للوضع فی انه مع إمکان التفصی بالتوریهٔ أو بغیرها لا یکون إکراه لیقال بأنه یقتضی رفع التکلیف أو الوضع.

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۲، ص: ۲۴۳

(۱) و حاصله ان ما ذکر من اعتبار العجز عن التفصی بغیر التوریهٔ یختص بالإکراه المسوغ للمحرمات و اما الإکراه فی المعاملات فیشمل موارد إمکان التفصی سواء کان بالتوریهٔ أو بغیرها و ذلک فان الملاک فی فسادها فقد طیب النفس و ربما لا یطیب النفس بالمعاملهٔ مع إمکان التفصی کما إذا کان قاعدا فی مکان خال عن معاونیه متفرعا نفسه للعبادهٔ و نحوها فجائه من أکرهه علی بیع شیء من أمواله و هو مع عدم خروجه من ذلک المکان غیر قادر علی دفع ضرره و لکن لو خرج و أخبر الحال بمعاونیه و خدمه فهم یدفعون شر المکره و لکن لا یرید الخروج لئلا یزول الخلوهٔ مع ربه فالظاهر صدق الإکراه علی بیعه بمعنی عدم طیب نفسه به بخلاف من کان خدمه حاضرین عنده و توقف دفع شر المکره علی أمرهم بدفعه فلم یأمرهم فإن هذا لا یتحقق فی حقه الإکراه بمعنی عدم طیب النفس و لذا یکذب لوا دعاه بخلاف المثال الأول فإنه یصدق فیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۴

....

هذا فی الإکراه علی المعاملات و اما المحرمات فإنه لا یحل الحرام لا فی المثال الثانی و لا فی المثال الأول فإن الإکراه علی الحرام لا یتحقق إلا إذا توقف دفع الضرر علی ارتکاب ذلک الحرام بان کان المکلف مضطرا الی ارتکابه فیکون الفرق بین الإکراه علی الحرام و الاضطرار الیه الوارد کل منهما فی حدیث الرفع هو ان الإکراه علی الحرام هو الاضطرار الیه من جهة أمر الغیر به و الاضطرار الیه هو الاضطرار لا من جهة أمر الغیر بل من جهة الجوع و العطش و نحوهما.

و الحاصل ان الإکراه علی المحرمات أخص من الإکراه علی المعاملات حیث قد لا یعد الإکراه علی المعاملهٔ کما فی مورد إمکان التفصی بغیر التوریهٔ اکراها فی المحرمات و لو لوحظ مناط جواز ارتکاب الحرام عند الإکراه علیه و هو توقف دفع الضرر علی ارتکابه و مناط فساد المعاملهٔ عند الإکراه و هو فقد طیب النفس بها لکانت النسبهٔ بین المناطین بحسب الاجتماع و الافتراق العموم من وجه فمورد اجتماعهما الإکراه علی المعاملهٔ أو الحرام مع العجز عن التفصی عنهما و مورد تحقق الإکراهی المعاملی فقط هو فرض الإکراه علی المعاملهٔ أو الحرام مع إمکان التفصی عنهما فإنه یحصل الإکراه بالإضافهٔ إلی المعاملهٔ و لا یحصل بالإضافهٔ إلی الحرام و مورد

حصول مناط الإکراه علی الحرام فقط دون المعاملة ما إذا توقف دفع الضرر الی ارتکاب الحرام أو علی المعاملة کما إذا توقف دفع هلاکة نفسه علی شرب الماء المتنجس لدفع عطشه فإنه یحل بذلک بخلاف ما إذا توقف دفع هلاکة نفسه علی بیع ماله فان النفس تطیب بالبیع کما تقدم فی مسألة توقف علاج مرضه الی بیع داره.

ثم انه (ره) استشهد علی افتراق ملاک الإکراه المجوز للحرام عن ملاک الإکراه الموجب لفساد المعاملة بأنه لا اشکال و لا خلاف فی ان الإکراه علی أحد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۵

....

الفعلین المفروض حرمة کل منهما یکون موجبا لجواز ارتکاب أحدهما بمعنی ای منهما اختاره المکلف دفعا لضرر مخالفة الجائر یکون جائزا و مباحا فالفعل المختار و ان لا یکون بخصوصه مکرها علیه لا ان ملاک جوازه دفع الضرر لا خصوصیة عنوان الإکراه.

و اما إذا کانا عقدین فاکرهه الجائر علی إنشاء أحدهما کما إذا أمره بطلاق احدی زوجتیه فإنه ربما یستشکل فی الحکم ببطلان الطلاق باعتبار ان من یختار طلاقها منهما لیس بخصوصه مکرها علیه بل یکون اختیار طلاقها بإرادته و رضاه و لذا أفتی فی القواعد بصحة الطلاق فی الفرض و ان حمل بعض الأصحاب حکمه بالصحة علی ما أکرهه الجائر علی طلاق احدی زوجتیه مبهمة فطلق إحداهما معینة.

و کیف کان فهذا الکلام یعنی تصحیح الطلاق فی الفرض و ان کان مخدوشا بل ممنوعا الا انه شاهد علی ان الملاک فی الإکراه الموجب لحلیة الفعل غیر الإکراه الموجب لفساد المعاملة و الوجه فی منعه ان اختیار احدی الزوجین بطلاقها باعتبار أن الطبیعی المکره علیه المفروض عدم الرضا و طیب النفس بإنشائه لا یکون إلا فی ضمن خصوصیة و اختیار الخصوصیة باعتبار الإکراه علی الجامع لا الرضا به و لو کان اختیار الخصوصیة فی مثل المقام موجبا لخروج المقام موجبا لخروج المعاملة عن الإکراه علیها لما کان فی المعاملات مورد للإکراه فإن المعاملة تکون مقارنة بخصوصیة لم یتعلق بها الإکراه لا محالة.

و علی ما ذکر یکون اختیار المشتملة علی تلک الخصوصیة بالرضا بها فتکون صحیحة.

أقول قد تقدم عدم الفرق بین الإکراه علی الحرام و بین الإکراه علی المعاملة فی انه لا یتحقق الإکراه علیهما مع إمکان التفصی بالتوریة أو بغیرها و ان الإکراه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۶

....

و ان الإکراه الموجب لجواز ارتکاب الحرام و الإکراه الموجب لفساد المعاملة أمر واحد و اما طیب النفس بالمعاملة و عدم طیبها بها بمعناه المعروف غیر دخیل فی صحة المعاملة و فسادها و ان المراد بالتراضی فی قوله سبحانه إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ هو التراضی المعاملی من المالکین فیخرج بالقید ما إذا اشتری متاعا من بایع یبیعه عدوانا و قهرا علی مالکه کما فی الغاصب أو من بایع یبیعه من غیر اذن من مالکه کما فی الفضولی الجاهل و الوکیل الخارج عن المقدار المأذون له فی تجارته و ذکرنا احتمال ان یکون عن تراض خبرا بعد خبر لا قیدا للتجارة.

و الحاصل لو لا تحقق عنوان الإکراه و صدقه لا یحکم بجواز ارتکاب الحرام و لا بفساد المعاملة المنشأة.

نعم ذکرنا عند التکلم فی جواز الکذب و الحلف کاذبا فی مورد دفع ضرر الغیر به انه لا یعتبر فی جوازهما العجز عن التوریة أو التفصی بغیرها لا لصدق الإکراه و الاضطرار الی الکذب و الحلف لیجری فی المقام ایضا بل ببعض الروایات الخاصة المقتضیة لعدم

اعتبار التفصی فی الجواز فراجع.

(۱) و محصل کلامه فی المقام ان الإکراه علی الجامع الذی له أفراد متعددة یعتبر اکراها علی فرده فیما إذا لم یکن فی خصوصیة ذلک الفرد المختار محذور آخر و اما إذا کان فی خصوصیته محذور کذلک فلا یعتبر الإکراه علی الجامع اکراها علی تلک الخصوصیة لیرتفع محذورها.

و السر فی ذلک ان تلک الخصوصیة اختیاریة فیستحق الذم و التوبیخ علیها فی هذه الصورة بخلاف صورة عدم المحذور فی خصوصیة الفرد فلا یستحق علی ذلک الفرد توبیخا و لا ذما لان المحذور کان فی إیجاد الجامع و قد ارتفع بطرو الإکراه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۷

....

علیه فإذا أکرهه علی شرب الخمر أو الماء فان اختار شرب الخمر یستحق العقاب فإنه لا ترتفع حرمته بالإکراه المزبور لأن الإکراه فی الفرض لم یتعلق بشرب الخمر الذی حرمه الشارع و الجامع بین شربها و شرب الماء الذی تعلق به الإکراه لم یکن مورد التکلیف لیرتفع بالإکراه علیه و کذا الأمر فیما إذا أکرهه علی الجامع بین البیع الصحیح و الفاسد فإنه إذا اختار البیع الصحیح لا یحکم ببطلانه بحدیث رفع الإکراه لأن الإکراه لم یتعلق بخصوصه بل تعلق بالجامع الذی لا یکون له حکم شرعی لیرتفع بالإکراه.

و من هنا لو أکرهه علی بیع ماله أو أداء دینه مع تمکنه علی أدائه فإن اختار البیع صح لأن الإکراه بالإضافة إلی أداء دینه لا اثر له حیث انه إکراه بحق و لم یتعلق بخصوص بیع ماله لیحکم ببطلانه.

و ذکر (ره) فی المثال انه لو حکم ببطلان البیع فی المثال باعتبار ان الإکراه علی الجامع إکراه علیه فلا بد من الحکم بالبطلان فیما إذا اختار أداء الدین باعتبار ان الإکراه علی الجامع إکراه علی أداء الدین.

أقول لا ملازمة بین الأمرین فإن الإکراه المزبور حتی مع اعتباره اکراها علی أداء الدین حیث انه إکراه بحق لا یعمه حدیث الرفع ثم ذکر انه لو اکره علی بیع ماله أو أداء مال غیر مستحق یعتبر البیع کأداء ذلک المال مکرها علیه فأی منهما اختیر لدفع الإکراه کان موردا لحدیث رفع الإکراه و لو أکرهه علی بیع ماله أو شرب الخمر فلا بد من دفع الإکراه بالبیع فإنه لا محذور فی إیجاده فإنه لیس بمحرم تکلیفا بخلاف شرب الخمر فإنه محرم و إذا أنشأ البیع یحکم بفساده فان البیع المزبور بالإضافة الی حکمه الوضعی یعتبر مکرها علیه حیث انه إنشاء لدفع ضرر الإکراه مع المحذور فی الفرد الآخر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۸

....

أقول یبقی علی المصنف (ره) بیان ان الإکراه علی الجامع کیف یعتبر اکراها علی فرده مع تعدده فإن الإکراه علی الجامع فی حقیقته أمر بالجامع.

و من المقرر فی محله ان الأمر لا یسری من متعلقة الی غیره مثلا ما یختاره المکلف من صلاة الظهر خارجا لیس بمتعلق الوجوب و انما هو مسقط له و انما یتعلق الوجوب بالطبیعی الجامع و علی ذلک فلو أکرهه علی شرب الخمر أو شرب الماء فالجامع بین شرب الماء و شرب الخمر لم یتعلق به التکلیف لیرتفع بالإکراه فیبقی شرب الخمر علی حرمته و إذا أکرهه علی شرب الخمر أو القمار فالجامع بینهما غیر متعلق للحرمة لترتفع بالإکراه بل المتعلق للحرمة کل من خصوص شرب الخمر و قمار و لم یتعلق به الإکراه لترتفع حرمته.

فالصحیح ان یقال ان رفع الإکراه کما ذکرنا سابقا مقابل وضعه و فیما إذا کان المکره علیه أحد فعلین کل منهما محکوم بالحرمة کما

إذا أكرهه على شرب أحد الخمرين أو على شرب الخمر و فعل القمار يكون وضعه بثبوت الحرمة لكل منهما كما هو مقتضى حرمة شرب الخمر أو القمار بوجوده السعى الاستغراقى فيكون ما أكرهه عليه موضوعا فمقتضى حديث رفع الإكراه عدم ثبوت الحرمة لكل منهما كذلك و مقتضى الجمع العرفى بين حديث الرفع و بين خطاب حرمة شرب الخمر أو القمار كما ذكر بقرينة كون مصلحة رفع الإكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر ثبوت الترخيص فى أحد الفعلين و تعلق الحرمة بشرب كل خمر أو قمار بوجوده السعى إلا فى مورد إكراه على شرب أحدهما أو ثبوت الإكراه على شربها أو فعل القمار فإن الحرمة فى مورده تتعلق بشرب أحدهما لا بعينه أو تتعلق بشرب واحد من الخمر أو القمار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۴۹

....

و يترتب على ذلك ان المكره عليه لو شربهما دفعة أو شرب الخمر و قامر دفعة فلا يستحق العقاب على فعل أحدهما لا بعينه و يستحق على فعل الآخر لا ان الإكراه يتعين فى الوجود الأول بما هو الموجود الأول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعة باعتبار ان ارتكابهما دفعة وجود أول للعنوان المكره عليه.

و الحاصل كما لا يكون فى الفرض لمتعلق الإكراه فى مرحلة تعلقه تعين أصلا كذلك لا يكون لمتعلقه فى مرحلة موافقته بارتكابهما دفعة تعين.

نعم قد يتعين فى مرحلة الموافقة كما فى ارتكابهما تدريجا و فى كلتا الصورتين المكره عليه المرخص فيه شرعا بقرينة الجمع بين حديث رفع الإكراه و خطاب تحريم الفعل هو صرف الوجود الواحد لأحدهما لا صرف الوجود مطلقا و لا التحديد بالوجود الأول.

و بهذا يظهر الحال فيما إذا أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فإنه لا موجب فى الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملاحظة ان رفع الإكراه ملاكه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر فلا يجرى فيه حديث رفع الإكراه لأنه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفة الجائر باختياره شرب الماء و كذا لو أكرهه على شرب الخمر أو بيع ماله فان بيع ماله بمعنى إنشائه لا محذور فيه تكليفا و بإنشائه يتخلص من ضرر مخالفة المكره فلا يكون لحديث رفع الإكراه مجال فيؤخذ بعموم حرمة شرب الخمر.

نعم البيع بعد إنشائه محكوم بالفساد لانطباق عنوان الاضطرار عليه فان المكلف إنشائه للتخلص من وزر شرب الخمر الذى منع عنه الشرع و الضرر الذى لا يمكن الفرار منه الا بإنشائه و ليس نفى صحته برفع الاضطرار منافيا للامتنان كما فى سائر موارد الاضطرار الى بيع ماله كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۰

ثم ان إكراه أحد الشخصين على فعل بمعنى إلزامه عليهما كفاية (۱).

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا انه لا يلزم فى موارد رفع الإكراه أو الاضطرار ان يكون العنوان المتعلق به الإكراه أو الاضطرار بنفسه موضوعا أو متعلقا للحكم فى الخطاب الشرعى ليرتفع ذلك الحكم عن ذلك العنوان بطريان عنوان الإكراه أو الاضطرار بل كل ما يكون به وضع الإكراه أو الاضطرار يكون بنفيه رفع الإكراه أو الاضطرار و انه إذا أكره على أحد بيعين و كان أحدهما صحيحا لو لا الإكراه دون الآخر فإن اختار الصحيح لدفع الإكراه يحكم بصحته أخذا بعموم البيع و بما ان ملاك رفع الإكراه تمكين المكلف للتخلص من ضرر و عيد المكره فمع تمكن المكلف على دفع ضرره باختيار البيع الفاسد لا مجرى لحديث رفع الإكراه بخلاف ما إذا أكرهه على بيعين يكون كل منهما محكوما بالصحة لو لا الإكراه أو شرب أحد الخمرين فإنه ليس جواز الارتكاب بشرب أحد

الخمرین أو البطلان للاضطرار بالإضافة الی ما اختاره فإنه لا فرق فی الاضطرار و الإکراه فی ان متعلقهما فی الفرض لا یکون خصوص ما اختاره فتدبر جیدا.

(۱) لا یخفی ان إکراه أحد الشخصین بنحو الواجب الکفائی لا یعتبر اکراها بالإضافة الی من قد أحرز أن الآخر یأتی بالمکره علیه و لو مع فعله فان مع إحرازه ذلک لا یکون ما یأتی به مکرها علیه و لو کان عمله قبل الآخر فإنه یعتبر فی صدق الإکراه کما مر خوف ترتب الضرر علی مخالفته و مع إحراز أن الآخر یأتی بالعمل علی کل تقدیر لا یکون له خوف ضرر فی ترکه.

و کذا لا یجوز له الإتیان بالعمل فیما أحرز انه علی تقدیر ترکه یأتی به الآخر لأنه مع الإحراز المزبور یعلم بأنه لا یتوجه الیه ضرر من ترکه و اما إذا لم یحرز ذلک بأن احتمل ترک الآخر حتی علی فرض ترکه أیضا یکون فعله مضطرا الیه لا محالة لأن الإتیان به لدفع خوف الضرر المترتب علی ترکه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۱

و اعلم ان الإکراه (۱).

لا یقال الإکراه علی فعله أو فعل صاحبه یعتبر کالواجب الکفائی فیجری علیه سقوط الإکراه بصرف وجود الطبیعی من أیهما أولا.

فإنه یقال ذکرنا انه یعتبر فی صدق الإکراه مضافا الی الأمر بالطبیعی خوف ترتب الضرر علی ترکه و مع إحراز أن الآخر یأتی بالعمل علی کل تقدیر أو علی تقدیر ترکه لا یتحقق الإکراه أو الاضطرار بالإضافة الیه.

و لذا لا یقاس الإکراه فی الفرض علی الواجب الکفائی فإن المعتبر فی الواجب الکفائی صرف الوجود من أیهما أولا فلا یکون الوجود الثانی مصداقا للواجب بخلاف المقام فان الوجود الأول قد لا یکون مصداقا للمکره علیه بما هو مکره علیه کما إذا أحرز أن الآخر یأتی بالعمل المزبور علی کل تقدیر أو علی تقدیر ترکه حتی فیما إذا سبق الآخر فی العمل و لو اتی فی الفرض بالعمل أولا ثم الآخر مع اطلاعه بالحال اتی بالفعل ثانیا لا یکون العمل المزبور مرفوعا عنهما أصلا باعتبار عدم صدق الإکراه و الاضطرار علی فعلهما أصلا.

(۱) اما إکراه المالک دون العاقد کما إذا أکره المالک علی التوکیل بان یوکل الجائر أو غیره فی بیع داره فوکله فان التوکیل باعتبار الإکراه علیه کالعدم فیکون بیعه عن الوکیل المزبور فضولیا حیث ان الموجب لخروج البیع عن الفضولیة انتسابه الی الموکل و التوکیل علی وجه الإکراه لا یصحح الانتساب کما هو مقتضی رفع الإکراه مقابل وضعه بل إکراه المالک علی التوکیل یوجب کون البیع علی تقدیر انتسابه الیه مکرها علیه.

و اما فرض الإکراه فی حق العاقد دون المالک کما إذا أکره المالک الآخر علی اجراء العقد علی ماله و الظاهر صحة هذا العقد فان المعتبر من العاقد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۲

....

قصد مضمون العقد بإنشائه و المفروض حصوله.

و اما عدم الإکراه علی المالک و رضاه بالمعاملة فالمفروض حصول کل ذلک فی المقام و نظیر ذلک ما وکل الآخر فی طلاق زوجته أو بیع داره و اکره الجائر الوکیل المزبور علی العمل بمقتضی التوکیل بإجراء الطلاق أو إنشاء البیع حیث ان المعتبر من عدم إکراه المالک أو الزوج حاصل.

لا یقال لا یمکن الحکم بالصحة مع الإکراه علی العاقد فی الفرضین فان مقتضی حدیث رفع الإکراه ان لا یثبت للمعاملة أو الإیقاع

المزبور اثر.

فإنه يقال لا تكون المعاملة ذات اثر بالإضافة إلى العاقد ليرتفع ذلك الأثر بالإضافة إليه بل أثرها المطلوب فى المقام انما هو بالإضافة إلى المالك أو الزوج و المفروض ان المعاملة بالإضافة إليهما ليست بالإكراه و يؤيد الحكم بالصحة فى الفرضين حكم المشهور بصحة بيع المكره بلحوق الرضا و وجه التأييد أن لحقوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد و الا فالإنشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن إكراه و الرضا بالمضمون من المالك أو الزوج حاصل فى الفرضين من الأول فيكون الفرضان أولى بالصحة من العقد المكره الذى يلحق به الرضا (لا يقال) لا يمكن فى الفرضين الحكم بتمام المعاملة أو الطلاق فان العاقد و المنشئ مكره فيهما و لا يمكن للمالك أو الزوج إحراز ان العاقد قد قصد إنشاء المعاملة أو الطلاق فإنه من المحتمل ان لا يقصدهما بان يتلفظ بالإيجاب و القبول أو بصيغة الطلاق بلا قصد الإنشاء أو بقصد المعنى الآخر (فإنه يقال) فرض عدم قصد العاقد أو احتماله خارج عن مورد الكلام فان الكلام انه لا يمنع صدور العقد عن العاقد اكراها عن صحته مع رضا المالك به و عدم إكراهه عليه و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۳

فإنه عبارة مسلوبة لعارض تخلف القصد (۱) و الظاهر وقوع الأول مكرها عليه دون الثانى (۲)

احتمال عدم صدور العقد بعدم قصد العاقد فهو فرض آخر يمكن إحراز قصده بأصالة القصد فان بناء العقلاء على أصالة القصد فى كل فعل يصدر عن العاقل الملتفت و لا يختص اعتبارها بصورة عدم الإكراه و لذا يقتنع المكره بالكسر بسماع الإيجاب و القبول و لو لم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعهما كما لا يخفى.

(۱) المراد بالقصد الاختيار المقابل للإكراه كما فسره (ره) بذلك عند التعرض لقوله من ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله و المراد ان الفرق بين عبارة المجنون و المكره بالفتح ظاهر فإن عبارة المجنون لا تكون إنشاء لانه يتكلم لاغيا بخلاف المكره فان عبارته إنشاء و لكن لا يكون مختارا فى الإنشاء و الاختيار غير معتبر فى العاقد بل يعتبر فى المالك و هو حاصل فى الفرض كما لا يخفى.

(۲) فيحكم ببطلان الأول فقط فيما إذا كان ذلك البيع للتخلص عن ضرر وعيد المكره و فى غير ذلك يحكم بصحة كلا البيعين على الأصح.

و بيان ذلك انه مع الإكراه على بيع أحد عبديه فان باع أحدهما للتخلص عن ضرر وعيد المكره فلا يمكن الحكم بصحته لأن إمضاء الشارع ذلك البيع وضع للإكراه المزبور على المالك فحديث نفى الإكراه ينفى ذلك الوضع فيرفع اليد عن إطلاق حل البيع بالإضافة اليه و لو باعه لقصده الى بيعه مع قطع النظر عن الإكراه فيحكم بصحته لأن الإكراه على البيع انما يكون رافعا لحكمه و موجبا لبطلانه فيما إذا كان إنشائه بالإكراه على المالك لا بإرادة المالك و قصده اليه مع قطع النظر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۴

....

عن الإكراه فإذا كان المالك بصدد بيع ماله و صادف ذلك أمر الجائر به فهذا الأمر من الجائر لا يوجب الحكم ببطلان البيع المزبور لان حديث رفع الإكراه و ما هو بمضمونه مقتضاه ان الرفع للامتنان و الامتنان فى عدم إمضاء الشارع معاملة يريدها المالك مع قطع النظر عن أمر الجائر بها.

ففى الفرض لو باع أحد العبدين أولا لقصده الى بيعه ثم باع الثانى يحكم بصحة كلا البيعين اما البيع الأول فلما تقدم و اما الثانى باعتبار عدم الإكراه عليه فان الإكراه ببيع أحدهما قد سقط بتحقق البيع الأول فلا يكون للجائر أمر به.

و قد تقدم ان الأمر مقوم لعنوان الإکراه فما ذکره المصنف (ره) من احتمال الرجوع الی المالک فی تعیین المکره علیه ضعیف جدا.

(۱) و حاصله ان مع وقوع بیعهما دفعة یکون الواقع خارجا خلاف المکره علیه حیث ان المکره علیه کان بیع أحدهما لا بیعهما فیکون ظاهر بیعهما کونه بطیب نفس المالک و رضاه و یحتمل بطلان البیع بالإضافة إلی الجمیع لان البیع بالإضافة الی کل من المالین لا یمکن صحته لوقوع الإکراه علی أحدهما و بما انه لا معین للباطل فیکون ترجیح أحدهما بالحکم بصحته بلا مرجح.

أقول إذا کان ذلک فی الموارد التی لا یمکن للمالک إبقاء أحدهما فی ملکه و بیع الآخر لکون ذلک ضررا أو حرجا علیه کما فی الحیوان و ولده أو کأحد مصراعی الباب فیحکم ببطلان بیعهما باعتبار ان الحکم ببطلان بیع أحدهما مقتضی رفع الإکراه و الحکم ببطلان الآخر مقتضی رفع الاضطرار إلیه لأنه لو لم یقدم علی بیع الآخر یتوجه الضرر أو الحرج بل یمکن ان یقال ان الإکراه علی بیع أحدهما فی الفرض یعتبر اکراها علی بیع الآخر أیضا و ان کان بیعهما لمجرد التخلص عن ضرر وعید المکره باعتبار ان مع بیعهما ایضا لا یتوجه الیه ضرر وعیده فلا یمکن الحکم بصحة البیعین معا لان الحکم بصحتهما کذلک وضع للإکراه علی المالک.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۵

....

و اما بالإضافة إلی صحة أحدهما فربما یقال انها مقتضی الجمع بین خطاب حل البیع علی نحو العموم و بین حدیث رفع الإکراه نظیر ما تقدم فی الإکراه علی شرب أحد الخمرین فیرجع فی تعیین بیع الصحیح إلی القرعة لأنها لکل أمر مجهول أو مشکل و تمییز الصحیح عن الفاسد فی المقام کذلک.

و لا یعتبر فی مورد القرعة ان یکون للمجهول أو المشکل تعین واقعی کما یظهر ذلک لمن راجع الموارد التی حکم الأصحاب فیها بالقرعة کما إذا کان له زوجات ثلاث و تزوج بامرأتین اخرتین أحدهما مباشرة و الأخری بتزویج وکیله و کان التزویجان فی زمان واحد فإنه ذکر جماعة انه یرجع فی تعیین الرابعة إلی القرعة.

بل ذکر السید الخوئی طال بقاه انه فی المقام لا حاجة الی القرعة بل تعیین المبیع یکون بتخییر المالک و تعیینه فان المورد من موارد البیع الکلی فی المعین لان البیع بالإضافة الی ما یطیب نفس المالک به من الکلی فی المعین فیعین بتعیینه.

أقول الصحیح الحکم بالبطلان بالإضافة إلی بیع کل من العبدین فان عموم حل البیع لا یمکن الأخذ به بالإضافة إلی بیع کل منهما فإنه مقتضی وضع الإکراه و شموله لأحدهما المعین بلا مرجح و بیع أحدهما بنحو الکلی فی المعین غیر منشأ لیکون مقتضی الجمع بین خطاب عموم حل البیع و حدیث رفع الإکراه إمضائه و مجرد طیب نفس المالک ببیع أحدهما کذلک لا یصحح إنشائه.

و بهذا یفرق مسألة شرب الخمرین دفعة مع الإکراه علی شرب أحدهما عن بیع العبدین مع الإکراه علی بیع أحدهما.

و اما الرجوع الی القرعة فمرجعه الی ان الإخراج بالقرعة معین لما یعمه عموم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۶

و لکن فی سماع دعوی البائع (۱) و عن سبطه فی نهایة المرام انه نقله قولا (۲)

حل البیع بعد الإخراج و هذا لا یستفاد من عمومات الرجوع الی القرعة فی کل مجهول أو مشکل بل یحتاج الی النص فی المورد کبعض موارد الرجوع إلیها فإن قبل الإخراج لا یعم حل البیع شیئا من البیعین لیکون ذلک المشمول داخلا فی عنوان المجهول و المشتبه فان شموله لأحدهما معینا ترجیح بلا مرجح و اما بیع المردد الخارجی فلان المردد الخارجی غیر موجود أصلا لیصح بیعه، و اما بنحو الکلی فی المعین فلان بیعه غیر منشأ.

و لذا ذکروا انه لو تزوج بالأم و بنتها بعقد واحد بطل النکاح بالإضافة الی کل منهما فراجع.

(۱) لا ـ یبعـد کون الإـکراه المزبور امـارهٔ علی صـدور البیع لـدفع ضـرر الوعیـد بعـد فرض ان متعلق الإکراه یعم بیع کل نصف فی بیع مستقل کما هو ظاهر بیع الشیء بالإضافهٔ إلی بیع أجزائه المشاعهٔ.

و نظیر المقام ما إذا أکرهه علی بیع داره و طلاق زوجته، و باع الدار فقط برجاء اقتصار الجائر به فی رفع یده عن إضراره.

(۲) یعنی نقل عدم وقوع الطلاق فی الفرض قولا و استدل علی القول المزبور بعموم رفع الإکراه، و الإجماع، و ذکر بعض الأجلهٔ و هو کـاشف اللثـام ان الزوج إذا کـان ملتفتـا إلی انه لاـ یلزم علیه إنشـاء الطلاـق و انه یمکن له الاکتفـاء بالتلفـظ بصـیغته فقط، و مع ذلک إنشـائه، فیمکن الحکم بصـحته، و امـا إذا لم یلتفت الی ذلک سواء اعتقـد لزوم الإنشاء، أو احتمله، یکون الطلاق المزبور مکرها علیه، فیبطل.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۵۷

....

و ذکر صاحب الجواهر (ره) ان حکم العلامهٔ بصـحهٔ الطلاق فیما إذا نواه المکره بالفتح، مبنی علی ان المکره بالفتح لا یقصد الإنشاء، و انه لا یتلفظ الا بالألفاظ المجردهٔ عن الاسـتعمال، و إذا اسـتعملها فی إنشاء الطلاق فالأقرب صـحته، و لکن المبنی غیر صـحیح، و ان المکره کالمختار یستعمل الألفاظ فی الإنشاء فیکون الحکم علی الطلاق المزبور بالصحهٔ ضعیفا.

و ذکر المصنف (ره) فی توضیح الفرع المزبور ستهٔ فروض.

۱- ان لا یکون الإکراه دخیلا فی طلاق زوجته لا بنحو الـداعی المسـتقل و لا منضـما الی غیره من الـدواعی، و لا ریب فی الفرض فی صحهٔ الطلاق، و لا یکون الفرع المزبور من التحریر محمولا علی هذا الفرض.

۲- ان یکون الإـکراه دخیلاـ فی الطلاـق المزبور، و لکن منضـما الی غیره، بـان یکون المجموع من الإکراه و غیره من حیث المجموع داعیا.

و جعل (ره) هذا الفرض کالأول فی الحکم بصحهٔ الطلاق.

أقول لا یبعـد شـمول حـدیث رفع الإکراه علی الطلاق فی الفرض باعتبار ان رفعه یناسب الامتنان، حیث ان المفروض عدم وقوعه لولا الإکراه.

۳- ان یکون قصد الطلاق و الداعی إلیه دفع الضـرر المتوجه الی المکره بالکسـر، کما إذا قال الولد لوالده طلق زوجتک، و الا قتلتک أو قتلت نفسی، مع إحراز الوالد، ان الولد لا یتمکن علی قتله، بل یقتل نفسه أو یقتل الولد شخصا آخر عند إرادته قتل والده.

۴- کون الداعی إلی الطلاق شـفقهٔ المکره بالفتح علی المکره بالکسـر أو علی الزوجهٔ التی یطلقها من جهـهٔ وقوعهما فی معصیهٔ الزنا و استشکل (ره) فی الحکم بصحهٔ الطلاق فی الفرض، و سابقه، من جهـهٔ طیب النفس فیهما و عدمه، و لکن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۵۸

و أضعف منها دعوی اعتبارها فی مفهوم العقد (۱) و أضعف من الکل (۲)

الأظهر الحکم بالصحهٔ، لعدم کون الإکراه فیهما من قبیل الضرر اللاحق علی المکره بالفتح.

نعم فی مثل المثالین مما یعـد الضـرر علی الولد أو علی الزوجهٔ ضـررا علی الوالد و الزوج یتحقق عنوان الإکراه، و لو قال الأجنبی طلق زوجتک و الا قتلت نفسی فلا یعد هذا اکراها بل لا یجب الطلاق حفظا لحیاته.

۵- إذا کـان الإـکراه موجبـا لتوطین نفسه علی الطلاـق لتخیله ان الخلاـص من ضـرر المکره بالکسـر لا یکون إلا بإنشاء الطلاق فیطلق کطلاق المختار.

۶- ما إذا کان الإکراه موجبا لتوطین نفسه علیه لاعتقاده حصول الطلاق شرعا حتی فی موارد الإکراه علیه، و استشکل فی الحکم فی الفرض، و سابقه، و لکن مع ترجیح وقوع الإکراه.

أقول- لا- ینبغی الریب فی حصول الإ-کراه فیهما لان الموجب لحصوله کما تقدم لیس فقد الرضا و طیب النفس، بل باعتبار حصول المعاملة بداعی الخوف عن مخالفة أمر الجائر و هذا حاصل فی الفرضین کما لا یخفی.

(۱) یعنی دعوی اعتبار مقارنة طیب النفس من مالک المال فی تحقق عنوان العقد، و لازم ذلک ان لا یکون العقد الفضولی عقدا، فإنه لا یکون فیه طیب نفس المالک مقارنا لإنشاء العقد.

(۲) یعنی الأضعف من دعوی اعتبار مقارنة طیب نفس المالک فی صحة العقد، و من دعوی اعتبار مقارنة طیب نفس المالک فی تحقق عنوان العقد، دعوی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۹

و یؤیده فحوی صحة عقد الفضولی (۱)

اعتبار طیب نفس العاقد فی تأثیر عقده، و لازم ذلک ان لا یکون بیع المکره بحق بیعا حقیقة، بل بیعا تعبدیا أی صورة بیع یکون موضوعا لأکل ماله و تملکه لا- لتأثیره فی النقل و الانتقال، کسائر العقود و البیوع، و الوجه فی کونها أضعف انه لا موجب لاعتبار طیب نفس العاقد فی صحة العقد، فان الدلیل انما اعتبر الرضا و طیب نفس المالک، لا- طیب نفس الأجنبی الذی منه العاقد فی الفرض.

(۱) یعنی یؤید الحکم بالصحة فی المقام فحوی الحکم بصحة عقد الفضولی بإجازة المالک، و وجه التأیید بالفحوی ان قصور عقد الفضولی فی جهتین، عدم استناد العقد الواقع الی المالک، و عدم طیب نفسه بمضمونه، و القصور فی عقد المکره یکون فی جهة واحدة، و هی عدم طیب نفس المالک بمضمون العقد، و اما استناد العقد الی المالک، فهو موجود من الأول بإنشاء المالک البیع و لو مکرها و إذا کانت الإجازة یتدارک بها الجهتان فی عقد الفضولی، فالجهة الواحدة فی العقد المکره اولی بالتدارک بها، و اجازة المالک فی عقد الفضولی لا تکون عقدا جدیدا بل هی إمضاء و رضاء بمضمون العقد الواقع سابقا و هذا حاصل فی اجازة المالک بل لو کانت عقدا جدیدا جری مثله فی إجازة العقد من المکره کما لا یخفی.

هذا و یستدل علی عدم کفایة لحوق رضا المالک المکره بوجهین آخرین أشار إلیها المصنف (ره).

الأول- دعوی اعتبار صدور العقد عن رضا المالک. کما هو ظاهر قوله تعالی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و اجازة المالک المکره لا یوجب انقلاب العقد الی کونه عن تراض.

و الجواب عن ذلک انه لا ظهور للایة فی ذلک فان الاستظهار منها ان کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۰

....

بلحاظ الحصر فیها یعنی حصر جواز تملک مال الغیر بالتجارة الصادرة عن رضاه، فهذا الحصر لا یستفاد منها، لان الاستثناء فی الآیة منقطع، حیث ان النهی عن أکل مال الغیر و تملکه بوجه باطل لا یعم المعاملات الدارجة عند العقلاء، و منها التجارة عن تراض لیکون النهی عن التملک بالباطل مع استثناء أحدها إدراجا لباقیها فی النهی فی المستثنی منه، بل حمل الآیة علی الحصر یوجب تخصیص الأ-کثر، فإن التجارة هو البیع و الشراء بقصد حصول الربح و انحصار سبب تملک مال الغیر بها، فضلا عن انحصاره بما إذا کان صدورها برضا المالک، غیر محتمل، حیث أن أسباب التملک عند العقلاء و الشرع کثیرة.

و الحاصل أن المستفاد من الآیة حکمان عدم جواز تملک مال الغیر بالوجوه التی تکون فی بناء العقلاء من الأکل بالباطل، و جواز التملک بالتجارة عن تراض و اما سائر المعاملات، و منها التجارة مع لحوق التراضی بها، فلا تعرض فی الآیة لها نفیا و إثباتا، و اما احتمال اتصال الاستثناء فی الآیة بدعوی ان المنهی عنه هو مطلق أکل المال و المراد بالباطل هو الباطل الشرعی، فتکون التجارة عن تراض خارجة عن الأکل، فإنه لو لا إخراجها لدخلت فیه و المعنی لا تأکلوا أموالکم بینکم فان أکلها باطل شرعا الا ان یکون الأکل تجارة عن تراض کما عن السید الیزدی و تبعه السید الخوئی طال بقاه لا یمکن المساعدة علیه فان الباطل قید للأکل کما مقتضی دخول الجار علیه و تعلقه بالأکل، و لیس حکما علی الأکل، و لو کان المراد بالباطل مع کونه قیدا للأکل، الباطل الشرعی، لکان الکلام لغوا بخلاف ارادة الباطل فی اعتبار العرف و العقلاء، فإنه یکون مدلوله بمقتضی کون النهی عن المعاملة إرشادا إلی فسادها، ان أکل الأموال بالنحو الباطل عند العقلاء و اعتبار العرف باطل عند الشرع أیضا فلا یدخل فیه التجارة عن تراض فیکون الاستثناء منقطعا لا محالة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۱

....

و ان کان استظهار بطلان عقد المکره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف یعنی تقیید التجارة بکونها عن تراض، فلا دلالة للوصف علی ذلک فان المراد من التجارة تجارة المالک و تجارته تکون غالبا برضاه و الوصف فی مثل ذلک من موارد الإتیان به لرعایة الغلبة لا یوجب رفع الید عن الإطلاق أو العموم المقتضی لثبوت الحکم لفاقد القید أیضا.

و الحاصل القید المزبور لا یکون موجبا لرفع الید عن إطلاق أحل اللّه البیع و عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بل مقتضی مفهوم الوصف ان لا تکون التجارة علی إطلاقها موجبة لجواز التملک، و اما کونها موجبة له مع القید الآخر و لحوق الإجازة بها مثلا، فلا ینافیه الوصف علی ما ذکرناه فی بحث مفهوم الوصف من علم الأصول.

الوجه الثانی فی الاستدلال علی بطلان عقد المکره رأسا و عدم کونه قابلا للحوق الإجازة حدیث رفع الإکراه، فإن مقتضاه ان لا یترتب علی المعاملة المکره علیها أثر من حصول الملک و لو بعد لحوق الرضا و اجازة المالک. و أجاب المصنف (ره) عن ذلک أولا بان کون الإکراه رافعا معناه عدم ترتب الأحکام الإلزامیة و المؤاخذیة علی الفعل المکره علیه الثابتة له لولا الإکراه و کون المعاملة المکره علیها بحیث یحصل بها الملک بإجازة المالک، لیس من إلزام المکره بالفتح، و مؤاخذته، بل هذا من ثبوت الحق له، و إلزامه بإلغاء المعاملة أو إجازتها من تأخیره و تهاونه فی اختیار أحدهما، لیس إلزاما علیه مترتبا علی المعاملة المکره علیها لو لا الإکراه لیرتفع بحدیث الرفع، بل هو اثر ثبوت الحق له، و قد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحدیث الرفع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۲

اللهم الا أن یقال ان الإطلاقات (۱)

لا یقال المعاملة المزبورة موضوع لأثر إلزامی بالإضافة إلی الطرف الآخر فإنه لو اکره علی بیع داره و باعها من زید فالبیع المزبور علی تقدیر کونه قابلا للحوق الإجازة، لازم من ناحیة المشتری کما هو مقتضی قوله عز من قائل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) الجاری فی حق المشتری المزبور حیث یجب علیه الوفاء به لتمام العقد من ناحیته، فیکون مقتضی حدیث الرفع عدم ترتب الإلزام.

فإنه یقال نعم الوفاء بالعقد لازم علی المشتری حتی یرضی المکره بالفتح أو یفسخ الا ان حدیث رفع الإکراه لا یرفع هذا الإلزام، فإن مقتضاه رفع الإلزام عن المکره، لا رفعه عن طرفه المختار، کالمشتری فی المثال.

و أجاب ثانیا بما ذکر فی بحث البراءة من الأصول ان الحدیث المزبور انما یوجب ارتفاع الآثار المجعولة للافعال مع قطع النظر عن

العناوين الرافعة، و اما الآثار الثابتة لها بتلك العناوين، فلا يقتضى ارتفاعها، فان تلك العناوين موجبة لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الإكراه، و السببية الناقصة يعنى حصول الملك بها بإجازة المالك أثر للمعاملة بوصف كونها مكره عليها فلا يرتفع.

(۱) مراده انه يمكن ان يقال انه لا مجرى لحديث الرفع فى بيع المكره، و لا يكون الحكم ببطلانه مبنيا على رفع الإكراه، و ذلك فان مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ المستفاد منه كون البيع تمام السبب للنقل و الانتقال، مقيدة بالأدلة الأربعة الدالة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل، و حرمة أكلها مع عدم التراضى، بالبيع المرضى به سابقا أو لاحقا، فيكون تمام السبب للحل هو البيع مع الرضا به سابقا أو لاحقا و من الظاهر ان البيع كذلك لا يتعلق به الإكراه لينتقى الحل بطريانه اما عدم إمكان تعلق الإكراه بالبيع المرضى به سابقا فظاهر، و اما المرضى به لا حقا فإن الإكراه يتعلق بنفس البيع، لا بالرضا اللاحق، و المفروض ان نفس البيع لا يكون سببا تاما للنقل و الانتقال.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۳

....

و الحاصل بعد فرض الرضا بالبيع سابقا أولا حقا يعمه قوله سبحانه (أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) و بما ان المركب إذا كان موضوعا للنقل و الانتقال يكون بعض اجزائه سببا ناقصا، فهذه السببية الناقصة لا يعقل نفيها بحديث الرفع، فإنها ثابتة للبيع بوصف كونه مكرها عليه.

ثم انه لا يفرق فى عدم كون نفس البيع سببا مستقلا بين الالتزام يكون الرضا اللاحق ناقلا أو كاشفا فان عدم كون نفس البيع سببا تاما للنقل و الانتقال على القول بالنقل ظاهر، و كذا على الكشف فإنه بناء عليه يكون السبب التام، هو البيع بوصف تعقبه بالرضا، فالإكراه يتعلق بنفس البيع لا بوصف تعقبه للرضا.

أقول ما ذكر (ره) من عدم جريان حديث رفع الإكراه فى بيع المكره مبنى على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبى و طيب النفس فى صحة البيع فان بيع المكره بناء عليه من الأول غير داخل فى موضوع حل البيع إذا الموضوع لحله، البيع بتراضى المالك و طيب نفسه، و هذا الموضوع يتم بعد اجازة المالك و رضاه فيعمه عموم الحل و ما ذكر (ره) من ان السببية الناقصة، موضوعها، البيع بوصف كونه مكرها عليه، غير صحيح على مسلكه، فان تلك السببية ثابتة لنفس البيع، فالصحيح على ذلك المسلك فى عدم ارتفاع هذه السببية بحديث رفع الإكراه هو القول بأنها ليست أثرا شرعيا، قابلا للرفع، بل هى حكم قهرى يحصل بجعل السببية التامة للكل الذى لا يعمه حديث رفع الإكراه.

و لكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، و ان المعتبر فى المعاملات و هو التراضى المعاملى الحاصل بإنشاء المالك موجود فى بيع المكره ايضا و الحكم بفساده انما هو لرفع الإكراه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۴

[وجوب الالتزام بالعقد على الطرف الآخر قبل فسخ المكره أو إجازته]

و على ما ذكرنا فربما يقال بأنه إذا خرجت المعاملة المكره عليها عن عموم الحل و لوجوب الوفاء بالعقد فكيف يمكن التمسك بهما بعد لحوق الإجازة بتلك المعاملة فإن المقام من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا التمسك بالعموم و الإطلاق و لا يقاس المقام بإجازة بيع الفضولى، فإن ذلك البيع لم يكن داخلا فى عموم حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقود، فان خطابهما متوجه الى الملاك و من حين الإجازة يستند البيع الى المالك فيعمان ذلك البيع و بتعبير آخر كان خروج بيع الفضولى عن عمومهما

بالتخصص، لا ـ بالتخصيص، و هذا بخلاف بيع المكره، فان بيعه باعتبار استناده الى المالك، كان خارجا عن عموم الخطابين بالتخصيص، و يتردد الأمر بين كون التخصيص إلى الأبد و بين كونه ما دام لم يلحق به الرضا، و لأجل ذلك لا يستلزم صحة لبيع الفضولى بإجازة المالك صحة بيع المكره بلحوق الرضا فضلا عن كون الثانى أولى بالصحة.

و لكن لا ـ يخفى ما فى الفرق، فانا قد ذكرنا فى الأصول صحة التمسك بالإطلاق و العموم عند الشك فى الخارج من الفرد و كون خروجه إلى الأبد أو الى زمان، بلا فرق بين كون العموم و الإطلاق بالإضافة إلى الأزمان أفراديا أو استمراريا، و فى المقام يؤخذ بعد لحوق الرضا بالمعاملة المكره عليها، بحلها و وجوب الوفاء بها، و لا تصل النوبة إلى استصحاب حكم المخصص، و تمام الكلام فى بحث الأصول.

بقى فى المقام شيء و هو انه يستفاد من كلام المصنف (ره) انه يجب على الطرف الآخر الالتزام بالعقد قبل فسخ المكره أو إجازته، و ان العقد من ناحيته لازم و ذكر ان حديث رفع الإكراه إنما يرفع الأحكام الإلزامية التى تعد مؤاخذة عن المكره بالفتح، لا عن طرفه الآخر الذى لم يكن إكراه عليه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۵

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير (۱).

و لكن لا ـ يخفى عدم إمكان المساعدة عليه لما ذكرنا فى أول البيع انه لا يمكن تبعض المعاملة فى الصحة و الفساد بالإضافة إلى طرفيها بان يكون البيع صحيحا بالإضافة إلى المشترى و لا يصح بالإضافة إلى البائع فإن صحته بالإضافة إلى المشترى فرض لدخول المبيع الى ملكه و كيف لا يخرج معه الثمن الى ملك البائع و لو باع داره بالإكراه فكما لا يدخل المبيع الى ملك المشترى كذلك لا يدخل الثمن الى ملك البائع فيكون تصرف المشترى فى الثمن المزبور قبل لحوق الإجازة من البائع المكره تصرفا فى ملكه و نافذا.

و الحاصل إذا فرض ان وجوب الوفاء بالعقد موضوعه العقد لا عن إكراه فما دام لم يتم هذا الموضوع لا يترتب عليه حكمه و هو لزوم الوفاء به، و عليه فالغاء المشترى قبوله قبل إجازة البائع المكره نظير إلغاء الموجب إيجابه قبل قبول المشترى يوجب ان لا يحصل عنوان العقد لا عن إكراه.

(۱) أقول مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكية الثمن و المثمن الى الطرفين الى زمان الإجازة هو النقل و اما حديث عدم حل مال الغير الا بطيب نفسه فظاهر المصنف (ره) ان مقتضاه ايضا النقل لانه يدل على عدم جواز التصرف فى المال تكليفا الى زمان الإجازة و لكن لا ـ يمكن المساعدة على ذلك فان عدم جواز التصرف تكليفا الى زمان الإجازة يجتمع مع الكشف الحكمى أيضا حيث ان التصرفات الواقعة قبل اجازة المالك كلها محكومة على الكشف الحكمى أيضا بعدم الجواز و اعتبار الملكية و جعل مبدئها من السابق بعد اجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعة قبل ذلك من الحرمة. تكليفا الى الجواز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۶

الا ان الأقوى بحسب الأدلة النقلية (۱) و ربما يدعى أن مقتضى الأصل (۲)

---

(۱) يأتى استظهار الكشف من صحيحة ابى عبيدة الحذاء الواردة فى نكاح الصغيرين الذين زوجهما غير وليهما و مات أحدهما بعد بلوغه و أجازته ثم أدرك الآخر فإن الحكم بثبوت الميراث للآخر مع أجازته و حلفه على إرادة إجازته لا يكون الا مع كون الإجازة كاشفة، بل لا يمكن فى المورد المزبور الإجازة بنحو النقل، حيث ان حدوث علقة الزوجية بين الميت و الحى، لغو محض، و نظيرها فى الدلالة صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه فضولا «۱» حيث ان سقوط عوض البضع عن مشترى الجارية الذى وطأها مع جهله بكون بائعها فضوليا، لا يكون الا مع الكشف و بما ان الفرق بين اجازة المالك فى بيع الفضولى، و بين إجازته فى بيع

المکره، غیر محتمل یثبت الکشف فی المقام أیضا.

(۲) أقول الظاهر صحة الدعوی فانا قد ذکرنا ان المعاملة بلحوق الإجازة بها تدخل فی أدلة الإمضاء حیث یتم بالإجازة الموضوع للحلیة و النفوذ و اللزوم و مقتضی ذلک ثبوت مدلولها شرعا بعدها.

نعم الکشف الحقیقی مخالف لظاهر تلک الأدلة لأن ظاهرها کون البیع لا عن إکراه، و العقد لا عن إکراه، هو الموضوع للحل و اللزوم، و معنی الکشف الحقیقی ثبوت هذه الأحکام قبل تمام الموضوع و اما الکشف الحکمی بأن یثبت بعد الإجازة الملکیة التی مبدئها حین اعتبار العاقد فهو یناسب الأدلة فإن الإجازة تتعلق بمضمون العقد، و إمضاء الشارع العقد یتبع اجازة المالک.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۴) الباب (۸۸) أبواب نکاح العبید الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۷

....

و بعبارة أخری بالإجازة یتم الموضوع لاعتبار الشارع الملک، و الملک یمکن جعل مبدأه الماضی، کما یمکن جعل مبدأه المستقبل، کما فی الوصیة التملیکیة و لا یجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعتبر، بل یمکن التفکیک بینهما بحسب الحال و الماضی کما وقع التفکیک بینهما بحسب الحال و المستقبل، فان الاعتبار مع المعتبر من قبیل الإیجاب و الوجوب، لا من الإیجاد و الوجود.

لا یقال لیس مدلول العقد الملک من حین العقد لتکون اجازة المالک إثباتا لذلک المدلول و یتبعه إمضاء الشارع.

فإنه یقال الملکیة التی تکون منشأة بالعقد لا یمکن کونها مهملة من جهة مبدئها فی اعتبار العاقد، فان العاقد یعتبر فی إنشائه الملکیة للطرف من حین فعلیة ما یأخذه قیدا لها، کحصول القبول، أو القبض، أو غیر ذلک.

لا یقال کیف یکون مبدء الملکیة المعتبرة فی البیع مثلا حین تمام العقد، مع انهم ذکروا عدم دلالة الإنشاء علی الزمان.

فإنه یقال عدم دلالة إیجاب البیع علی الزمان مثلا لا ینافی الدلالة علیه بدال آخر و هو فی المقام عدم إمکان الإهمال فی الملک المجعول من جهة المبدء و اما تنظیر المصنف (ره) الإجازة بالفسخ فهو غیر صحیح فان الفسخ یقابل الإمضاء، فامضائه عبارة إقرار العقد و عدم قطع استمراره، کما یفعله ذو الخیار، کما ان فسخه إزالته و قطع استمراره و هذا بخلاف الإجازة فإنها تقابل رد العقد، کما فی المالک المجیز حیث انه یرد البیع تارة، و یجیزه أخری، و حیث ان رده عبارة عن إلغائه من الأول، فیکون أجازته إقرارا له من الأول، و هو المراد بالکشف الحکمی، و یأتی توضیحه فی بیع الفضولی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۸

[بیع الفضولی]

اشارة

فعقد الفضولی لا یصح (۱)

بقی فی المقام أمر و هو أنه هل یکفی فی صحة بیع المکره مجرد لحوق رضاه به باطنا أو لا یکفی بل یعتبر إظهار رضاه بذلک البیع المعبر عن ذلک بالإجازة، و لا یبعد اعتبار الثانی و ذلک لان البیع حال حدوثه کان مستندا إلی إکراه المالک فلا بد فی شمول دلیل

الإمضاء من ان یستند بقاء الی المالک لا عن إکراه علیه، و لم یحرز تحقق الاسناد کذلک بمجرد لحوق الرضا باطنا.

نعم لو کان هذا الرضا من الأول بحیث کان داعی المالک الی إنشائه رضاه به، لم یکن ذلک البیع شمولا لدلیل رفع الإکراه، کما تقدم، و لکن بعد إنشائه بداعی الإکراه لا یحرز خروجه عن کونه بیعا مکرها علیه، الا بإظهار الرضا به، و کان الإجازة فی اعتبار العقلاء إلغاء لذلک الاسناد الحاصل من قبل، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذکروا من شرائط المتعاقدین کونهما مالکین أو مأذونین منهما کما فی موارد الوکالة أو من الشارع کما فی موارد الولایة فلا یصح بیع الفضولی، یعنی لا یترتب علیه ما یترتب علی بیع المالک أو المأذون، لا انه یکون لغوا بحیث لا یفید لحوق الإجازة به و لذا ذکر العلامة فی القواعد ان من شرط البیع کون العاقد مالکا، أو مأذونا و فرع علیه وقوف بیع الفضولی علی الإجازة فإن التفریع المزبور ظاهر فیما ذکرنا فما ذکره فی جامع المقاصد من الاعتراض علی عبارة القواعد، من ان تفریع وقوف بیع الفضولی علی الإجازة علی اشتراط الملک، غیر صحیح- فی غیر محله.

ثم ان الفضولی وصف للعاقد، و المراد به من لا یکون مالکا للتصرف سواء کان مالکا للمال، کما فی مثال بیع الراهن و السفیه و العبد، أم لا، و قد یوصف به

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۹

....

العقد و لعله تسامح من باب توصیف الشیء بوصف متعلقة و کیف کان فلا خلاف عندهم فی بطلان الإیقاع فضولا و عدم صحته بلحوق الإجازة أصلا و قد یقال ان البطلان فی الإیقاعات علی القاعدة، و لا یقاس أمرها بالعقود، و ذلک فان العقود بما انها من فعل اثنین یعتبر لها بقاء، و لذا یتعلق بها الفسخ، مع انه حل للعقد فی جهة بقائه کما تقدم، و علیه فبإجازة المالک یتم تمام الموضوع لوجوب الوفاء بها، و اما الإیقاع فإنه فعل واحد فیعتبر امرا آنیا، فان حصل ممن له سلطنة علی ذلک الأمر، فهو، و الا فلا یحصل ذلک الأمر أصلا و لا یخفی ان ما ذکر لا یخرج عن حدود الدعوی المحضة، فإنه کیف یمکن الالتزام ببقاء العقد اعتبارا دون الإیقاع مع انه لو لم یکن للإیقاع بقاء فکیف یجوز للزوج فی الطلاق الرجعی إلغاء طلاقه، فان الرجوع فی الطلاق کالرجوع فی الهبة إلغاء.

نعم لو صح ان الصحة فی العقود علی خلاف القاعدة و الالتزام بها للروایات الخاصة لأمکن ان یقال ان النصوص کلها واردة فی العقود، و لا تعم الإیقاعات، و لکن یلزم علی ذلک الاقتصار فی الحکم بالصحة، بالعقود التی وردت الروایات فی موردها.

و الحاصل انه یبقی فی التفرقة بین العقود و الإیقاعات مجرد دعوی الإجماع کما لا یخفی.

ثم ان المصنف (ره) قد تعرض أولا لکون مجرد رضا المالک بحصول العقد دون إظهاره ذلک و اذنه فیه غیر موجب لخروج العقد عن الفضولیة موضوعا أو حکما بان لا یحتاج ذلک العقد فی تمامه الی لحوق الإجازة به، و ذکر فی وجه عدم الخروج ان مجرد رضا المالک و حتی العلم به، لا یوجب کون العاقد مالکا للتصرف و یظهر ذلک من کلماتهم، حیث اعتبروا کون العاقد مالکا أو وکیلا أو ولیا، و مجرد رضا المالک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۰

....

لا یوجب حصول شیء من هذه العناوین و کذا یظهر من ذکر روایة عروة البارقی دلیلا علی تمام بیع الفضولی بلحوق الإجازة، مع فرض تحقق رضا المالک فی موردها.

و استقرب فی آخر کلامه، خروجه بالرضا المزبور عن عقد الفضولی حتی فیما إذا لم یظهر المالک رضاه، فیجب علی المالک بینه و

بین ربه الوفاء بالعقـد، و اسـتدل علی ذلک بإطلاق حل التجارة عن تراض، و عموم وجوب الوفاء بالعقـد، و بحدیث لا یحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه، حیث ان مقتضاه، حل مال الغیر و جواز تملکه برضا المالک و طیب نفسه، و بما دل علی ان سکوت المولی علی نکـاح العبـد مع علمه به، إمضـاء و رضـاء به و بما یظهر من روایـة عروة البارقی، من تمام البیع و جواز ترتیب الآثار علیه بمجرد إحراز رضا المالک، کما هو مقتضـی اقباض العروة أحـد الشاتین من المشتری و أخذ الدینار منه فإنه لا یجوز فی بیع الفضولی للعاقد القبض و الإقباض و تقریر النبی صلّی اللّه علیه و آله للعروة شاهد لجواز فعله أضف الی ذلک ظاهر کلمات بعض الأصحاب من ان الوجه فی عـدم تمـام بیع الفضولی و وقوفه علی اجـازة المالـک فقـد رضاه فان مقتضـی ذلک عـدم احتیاجه إلی الإجازة فیما کان مقارنا لرضـا المالک، بل لو فرض إطلاق عقـد الفضولی علیه فلا دلیل علی احتیاج کل عقد فضولی إلی الإجازة مع ان علم المالک بحصول العقد و رضاه به و بقاء هذا الرضا الی ما بعد و لو آنا ما اجازة للعقد المزبور.

أقول- مـا ذکره قـده لخروج عقـد الأـجنبی بمقارنـة رضا المالک عن الفضولیـة من الوجوه ضـعیف اما التمسک بعموم وجوب الوفاء بالعقد أو إطلاق التجارة عن تراض فان مدلولهما بمناسبة الحکم و الموضوع وجوب وفاء کل بعقده و جواز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۱

....

الأکل بتجارته و لا یکون عقـد الأجنبی عقـد المالک و تجارته بمجرد الرضا باطنا، بل لا بـد فی إضافة العقد و التجارة إلیه، من إنشاء رضاه و إمضائه و اما حـدیث عـدم الحل فمفاده دخالـة رضا المالک و طیب نفسه فی حل ماله للغیر، و ان الحل لا یکون بـدونه، و اما ان الطیب و الرضـا تمـام الموضوع للحـل فلاـ لاـحظ قوله علیه السّـلام لا صـلاة إلا بطهور، فان مقتضاه عـدم حصول الصـلاة بـدون الطهارة، لا ان الطهارة تمام ما یحصل بها الصلاة.

و بما ذکر یظهر الجواب عن الاستدلال لکفایة الرضا باطنا بقوله علیه السّلام فی صحیحة محمد بن مسلم لا تشترها الا برضا أهلها) «۱» حیث ان مدلولها دخالة رضا المالک فی نفوذ الشـراء، و اما انه یکفی مجرد الرضا فیه، فلا هذا مع احتمال ان یراد بالرضا إبرازه کما لا یخفی.

و اما ما دل علی ان سـکوت المولی علی نکاح العبـد إقرار و رضاء به، فلا یـدل علی ما ذکر، فان کون العقـد فضولیا تارة باعتبار عدم رضا من یعتبر رضاه فی ذلک العقـد، لا لفقـد اسـتناده الی المالک، کما فی نکاح الرشـیدة الباکرة، فإنها هی التی تجعل نفسـها زوجة للآخر غایة الأمر یعتبر فی هذا الجعل رضا أبیها أو جدها ففی مثل ذلک یتم العقد بمقارنة الرضا أو لحوقه.

و من هذا القبیل نکاح العبد و لحوق رضا مولاه به، و هذا بخلاف ما إذا کان فضولیا باعتبار عدم استناد العقد الی المالک کما فی بیع الأجنبی مال شخص من آخر حیث ان رضا المالک واقعا ما دام لم یکن إظهار و إمضاء لا یوجب استناد العقد الیه.

و مما ذکرنا یظهران ما ذکره (قده) من ان بقاء رضا المالک الی ما بعد العقود

(۱) الوسائل- الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب عقد البیع الحدیث (۳)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۲

....

و لو آنا ما اجازة له مـدفوع بان الرضا الواقعی ما لم یکن إظهار من المالک لا یکون مصـححا للاسـتناد حتی ما لو بقی إلی الأبد و قد یقـال کما عن بعض الأجلـة (دامت شوکته) بأنه لا یعتبر فی صـحة البیع و غیره من العقود الانتساب بالمعنی المـذکور بان یکون العقد

عقد المالک و بیعه و کون المراد بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) أوفوا بعقودکم أو کان الأکل بتجارتکم غیر صحیح فإنه کیف یکون البیع الصادر عن الغیر بیعا للمالک بالإجازة مع ان الإجازة مفهومها العرفی تنفیذ للفعل الصادر عن الغیر فهی بنفسها تدفع انتساب الفعل الی المجیز بل الأمر فی موارد الوکالة و الاذن السابق کذلک، فان البیع لا یکون منتسبا الی الموکل و الاذن حقیقة و لذا لو سئل الموکل عن انک بعت دارک فیقول لا بل باعها وکیلی و من الظاهر ان الأحکام الواردة فی الخطابات علی العناوین ظاهرها ثبوت تلک الأحکام علی إفرادها الحقیقة.

و الحاصل انه لا یعتبر فی صحة البیع أو نحوه من العقود الا کونه مع اذن المالک أو رضاه أو إجازته و لو لم ینتسب ذلک البیع الی المالک و قد تقدم بیان المراد بالتجارة عن تراض ان مقتضی مقابلتها بالأکل بالباطل اعتبار کونها أکلا بحق لا لخصوصیة لصدورها عن تراض و کون التجارة أکلا بحق یعم البیع الفضولی مع لحوق الإجازة به أو تقارنه برضا المالک انتهی.

أقول الجواب عما ذکر تارة بالنقض و أخری بالحل.

اما الأول فإن القول المزبور یستلزم محاذیر و لا أظن الالتزام بها.

منها ما إذا أخبر المحرم بأن الأجنبی قد اجری فی حقه نکاحا و انه قد زوج بنت فلان منه و ان له ان یجیزه و ذلک المحرم قد أخر إجازته الی ما بعد إحرامه مع فرحته و ابتهاجه باطنا من سماع الخبر فلا بد من ان یلتزم بان البنت المزبور قد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۳

....

حرمت علیه مؤبدا فإن فرحته بالنکاح المزبور قلبا موجب لتحقق النکاح فیعمه قوله علیه السّلام (من تزوج امرأة فی إحرامه فرق بینهما و لا تحل له ابدا).

و منها انه لو أنشأ إیجاب البیع أو قبوله وکیله فی مجرد إنشاء بیع الحیوان أو غیره فلا یکون له خیار المجلس و لا خیار الحیوان لأن البائع أو المشتری حقیقة هو الوکیل و قد ذکر فی الروایات ان البیعان بالخیار ما لم یفترقا و ان مشتری الحیوان بالخیار إلی ثلاثة أیام و الموکل لا یکون بایعا و لا مشتریا فی الحقیقة.

و منها انه لو أخذ أظافیر المحرم باستدعاء من المحرم أو حلق رأسه کذلک فلا بد من ان یلتزم بان المحرم لم یفعل حراما و لیس علیه شیء لأن قوله علیه السّلام من قلم أظافیره فی إحرامه أو أخذ شعره لا ینطبق علی المحرم فان التقلیم فی الفرض فعل غیر المحرم الی غیر ذلک و اما الحل فلان أجازته و ان تتعلق بفعل الغیر و عقده الا انه عقد الغیر و بیعه مع قطع النظر عن الإجازة و ینتسب الی المجیز بإجازته و هذا الانتساب و لو کان اعتباریا الا ان الخطابات الشرعیة قد یکون بمناسبة الحکم و الموضوع ناظرة إلی بیان الحکم بهذا الانتساب و یجری ذلک حتی فی الأفعال الخارجیة کقوله من بنی مسجدا بنی اللّه له بیتا فی الجنة و الدعوی ان هذا الانتساب لا یعتبر و لا یصححه مجرد الرضا الباطنی من المالک بل لا بد من إبرازه و إنشائه بالإذن أو بالإجازة فتدبر.

و اما روایة عروة البارقی فالظاهر ان شراء الشاتین لا یکون من شراء الفضولی حیث ان توکیل النبی صلّی اللّه علیه و آله فی شراء شاة بدینار بفحواه توکیل و اذن فی شراء الزائد عن الواحدة بالمبلغ المزبور و اما بیعه واحدة منهما بدینار فلا بعد فی کونه بیعا فضولیا یحتاج إلی الإجازة و لکن یجوز معه القبض و الإقباض فإن عدم جوازهما من الفضولی باعتبار کونهما تصرف خارجی فی مال الغیر و مع إحراز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۴

و اما القول بان البیع الذی یعلم بتعقبه (۱).

لکن الظاهر أول الوجهین (۲).

رضا المالک بهما فلا حرمة بل قد یکون اجازة العقد بعد ذلک اجازة لذلک القبض أو الإقباض کما لا یخفی.

(۱) یعنی ان یقال بأن الإجازة معتبرة علی نحو الکشف الحقیقی، و حیث کان عروة عالما بحصولها و تعقب العقد بها وقع منه القبض و الإقباض باعتبار إحرازه انتقال المالین و کون الشاة ملکا للمشتری و الدینار ملکا للنبی صلّی اللّه علیه و آله واقعا لکن اعتبار الإجازة بنحو الکشف الحقیقی ضعیف جدا کما سیأتی.

أقول- و أضعف منه احتمال کون عروة معتقدا لاعتبار الإجازة فی عقد الفضولی بهذا النحو.

(۲) المراد أول الوجهین الأخیرین و هو کون هذا النحو من العقد المقرون برضا المالک خارجا عن الفضولی و المراد برضا المالک الأعم الشامل لرضاه التقدیری أی بحیث لو التفت الی العقد لرضی به.

أقول لم یظهر جهة ظهور هذا الوجه مع قوة احتمال کون بیعه احدی الشاتین فضولیا و حصول القبض و الإقباض باعتبار علمه برضا النبی (ص) و اطلاع المشتری بحال المعاملة و هذا هو الوجه الرابع فی کلام المصنف (ره) و اما ما ذکره (ره) من ان الظاهر وقوع معاملة إحدی الشاتین علی وجه المعاطاة فعجیب فإنه ان أراد حصول المعاطاة بإقباض عروة الشاة و أخذه الدینار و ان هذا القبض و الإقباض کان بعنوان المعاملة المعاطاتیة و لم یکن فی البین إیجاب و قبول لفظا فلا سبیل لنا إلی إحراز ذلک و ان أراد أن وصول الشاة إلی المشتری المزبور بإقباض عروة و وصول

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۵

[الاستدلال علی صحة عقد الفضولی]

اشارة

قال فی الدروس و فیها دلالة (۱).

و لا یرد علیها شیء مما یوهن الاستدلال (۲).

الدینار إلی النبی (ص ع) مع تراضیهما محقق للمعاطاة فلیس فی البین بیع فضولی لیحتاج إلی الإجازة ففیه أولا أنه یعتبر فی حصول المعاطاة من إنشاء الملک بالقبض و لا یکفی مجرد وصول المالین کما مر فی بحث المعاطاة.

و ثانیا نفرض کفایة ذلک فی حصولها و لکن المعاطاة لا یصحح اقباض عروة و قبضه حیث أنهما من التصرف فی مال الغیر بلا رضاه.

ثالثا ان قول النبی (ص ع) بارک اللّه فی صفقة یمینک ظاهره حصول المعاملة من العروة لا أنه کان مجرد واسطة فی وصول المالین الی الطرفین.

(۱) اما دلالتها علی صحة بیع الفضولی فلان المفروض فیها وقوع البیع علی مال الغیر و قد حکم بتمام ذلک البیع بإجازة المالک و اما دلالتها علی اعتبار الإجازة بنحو الکشف فإنه مقتضی استحقاق المشتری استرداد الغلام و سقوط قیمته عن عهدته إذ لو کانت الإجازة معتبرة بنحو النقل لم یکن وجه لسقوطها حیث ان قیمة الولد تدارک لمنفعة البضع التی أتلفها المشتری علی المالک و لا یعتبر هذه المنفعة ملکا للمشتری علی مسلک النقل حتی لم یکن علیه ضمانها کما لا یخفی.

(۲) قیل لا یمکن الحکم لأب البائع باستحقاقه الولیدة و ابنها بمجرد دعوی ملکها و بعدم اذنه لابنه فی بیعها بل یحتاج الدعوی إلی الإثبات فإنها علی خلاف مقتضی ید البائع علیها و فیه أنه لیس فی الروایة عدم إثباته دعواه و أنه کان حکم علی علیه السّلام بأخذه الولیدة و ابنها بمجرد الدعوی کما ان حکمه علیه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۷۶

فإنها لا تزيد على الاشعار (۱)

بإمساك الولد يمكن كونه لحبسه على قيمته.

و ما ذكره المصنف (ره) من ظهور الرواية فى كون الإجازة فيها مسبوقة بالرد ايضا لا يمكن المساعدة عليه فان- المخاصمة و دعوى أن الوليدة ملك له فعلا لوقوع البيع عليها بغير اذنه و أنه يريد أخذها من مشتريها- لا تكون قرينة على (رد) البيع و إلغائه بالقول أو الفعل بل غايتها أنه لا يجزيه فعلا و كذا إطلاق حكم الامام عليه السّلام فإنه باعتبار عدم حصول الإجازة و لا يلزم من ذلك إنشاء الرد و إلغاء العقد الواقع.

و بعبارة أخرى حكم الامام عليه السّلام بأخذه الوليدة و ابنها باعتبار عدم تمام المعاملة فعلا لا لإلغاء إنشائها.

و بهذا يظهر أن أخذ أب البائع و إمساكه الوليدة و ابنها لا يكشف الا عن عدم إمضائه المعاملة فعلا لا عن إلغائها قولا أو فعلا من أولها كما هو المراد بردها و عدم اجازة المالك فعلا كاف فى إلحاح المشترى على الامام عليه السّلام و مناشدته فى خلاص الابن و أمه.

و المتحصل ان ما ذكر السيد اليزدى (ره) من أن الصحيحة تدل على نفوذ الإجازة حتى بعد رد المالك المعاملة برد فعلى و انه يمكن الالتزام بذلك فإن الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الرد دليل لبى و المتيقن منه عدم نفوذها بعد الرد القولى- لا يمكن المساعدة عليه لما ذكر من عدم الدلالة فى الرواية على حصول الرد من مالك الجارية فعلا أو قولا فلاحظ.

(۱) و الوجه فى ذلك ان الحكم المذكور فى الرواية حكم الواقعة خاصة لا إطلاق فى الحكم المزبور و لا عموم و لو لم يكن فى الرواية فرض سبق الرد لكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۷۷

....

التعدى منها إلى سائر مواردها اجازة بيع الفضولى متعينا باعتبار عدم احتمال الخصوصية فى المفروض فيها و لكن ظاهرها لحوق الإجازة بالبيع بعد رده و الحكم بنفوذ الإجازة فى الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الأب كان كاذبا فى نفيه الاذن فى بيع ابنه فقول على عليه السّلام للمشترى خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع تعليم حيلة له حتى يصل الى حقه الواقعى.

و الحاصل ان الإجازة فى فرض الرواية ليست مصححة للبيع واقعا ليمكن التعدى منها.

نعم تعليق نفوذ البيع المزبور على إجازة الأب فى قوله عليه السّلام (حتى ينفذ لك البيع) من تعليق الحكم على الوصف و فيه اشعار بكون اجازة المالك مصححة للمعاملة الواقعة على ماله فضولا.

أقول- قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف (ره) من انه ان كان النظر فى الاستدلال على صحة بيع الفضولى بلحوق الإجازة إلى نفس القضية الشخصية فالإجازة فيها باعتبار كونه مسبوقا بالرد لا يفيد صحة العقد و لا بد من توجيه الحكم فيها بأن البائع كان كاذبا فى دعواه فعلم الامام عليه السّلام للمشترى حيلة حتى تصل بها الى حقه الواقعى و لا يمكن استفادة الحكم فى البيوع الفضولية بلحوق الإجازة بها.

و اما إذا كان النظر الى قوله عليه السّلام للمشترى (خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع) و قول ابى جعفر عليه السّلام فى مقام الحكاية (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع) فيمكن استفادة الحكم فى سائر البيوع الفضولية و انها تتم بلحوق الإجازة بها.

و الوجه فى عدم المجال انه لم يذكر فى الجواب حكم لمطلق بيع الفضولى ليؤخذ بإطلاقه و يقال ان تطبيق ذلك الحكم الكلى على

المفروض فی السؤال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۸

....

مع کونه غیر مورده باعتبار تعلیم الحیلة لوصول المشتری الی حقه.

بل الجواب حکم لخصوص الواقعة المفروضة التی لا یصححها الإجازة و لا تفید فیها شیئا فکیف یمکن استفادة الحکم فی سائر البیوع الفضولیة الا بالاشعار الذی ذکرنا خروجه عن قسم الدلالات.

ثم ان فی الروایة من جهة فقهها إشکالین سواء قیل باستفادة حکم بیع الفضولی بلحوق الإجازة منها أولا.

الأول- انه کیف حکم سلام اللّه علیها بان السید الأول یأخذ ابن الولیدة مع ان الولد المزبور حر لا یدخل فی الملک و الوجه فی کونه حرا قول المشتری (لا أرسل ابنک حتی ترسل ابنی) و انه لو کان المشتری عالما بان بیع الولیدة فضولی لکان الولد باعتبار کونه من زنا رقا لسید الولیدة و لما کان اعتنائه علیه السّلام بمناشدة المشتری و الحاحه مناسبا بل الأنسب ان یجری علیه الحد باعتبار کونه زانیا.

و الحاصل انه لا موجب لأخذ الولد الحر حتی مع فرض امتناع المشتری عن دفع قیمته و لو فرض جواز حبس الولد لقیمته لکان المتعین ان یحکم بأخذ الولد و لکن معلقا علی امتناع المشتری عن دفع قیمته لا مطلقا.

و الثانی- انه کیف حکم للمشتری بأنه یأخذ البائع الابن و- ما قیل من ان أخذه لحبسه علی استرداد ما أخذه من المشتری بعنوان ثمن الولیدة حیث ان المدیون الممتنع یحبس لدینه- یدفعه قوله علیه السّلام: أخذ ابنه الذی باعک الولیدة حتی ینفذ لک البیع فإنه علی الاحتمال المزبور یلزم ان یحکم خذ ابنه حتی یسترد هو الثمن الذی أخذ منک أو یغرم أبوه ذلک الثمن لا ان یجعل غایة الأخذ إنفاذ البیع.

و لکن لا یخفی ان عجزنا عن فهم هذا الأمرین لا یضر بالاستدلال بها علی ان بیع الفضولی یتم بلحوق الإجازة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۹

و ربما یستدل ایضا بفحوی صحة عقد النکاح (۱).

(۱) و یستدل علی صحة بیع الفضولی و تمامه بإجازة المالک بفحوی ما ورد فی تمام النکاح فضولا بلحوق الإجازة به کما إذا زوج الصغیر غیر ولیه فأجاز النکاح بعد بلوغه أو تزوج العبد بغیر اذن مولاه فاجازه المولی فإن صحة النکاح بلحوق الإجازة به مع ما فیه من الاهتمام من کونه تحلیل فرج و تملیک بضع أی إنشاء حق الاستمتاع و یکون منه الولد یستلزم صحة بیع الفضولی بلحوق الإجازة به بالأولویة.

و أشار الی هذا الفحوی فی غایة المراد و استدل بها فی الریاض و ذکر انه لولاها لکان الحکم بصحة بیع الفضولی بلحوق الإجازة به مشکلا من جهة الإجماعات المنقولة علی بطلان البیع المزبور.

و کیف کان فقد ذکر المصنف (ره) ان هذه الفحوی حسن الا انه ربما یضعفها ما ورد فی رد العامة فی مسألة تصرف الوکیل قبل بلوغ عزله إلیه فإن العامة قالوا ان تصرف الوکیل فی النکاح قبل بلوغ عزله الیه باطل لبطلان الوکالة فیه بالعزل واقعا بخلاف تصرف الوکیل فی المعاوضة المالیة فإنه محکوم بالصحة حیث لا یبطل وکالته فیها الا ببلوغ العزل و عللوا الفرق بان المال له عوض فلا مانع من نفوذ التصرف فیه، بخلاف النکاح فإنه لا عوض فیه بان تقع المعاوضة بین البضع و المال، فیقتصر فی ثبوت ملک البضع علی الأقل، و قد تصدی الإمام علیه السلام فی معتبرة علاء بن سیابة لإنکار هذا التفصیل (و أنه ما أجوره و أفسده فإن النکاح اولی بالاحتیاط فیه فإنه یکون منه الولد) و المستفاد من رده سلام اللّه علیه ان الحکم بالصحة فی البیع یستلزم الحکم بها فی النکاح

بالأولوية دون العكس و على ذلك فما ورد فى صحة نكاح الفضولى بلحوق

....

الإجازة به لا يدل على الصحة فى البيع الفضولى بالفحوى.

ثم تعرض (ره) لما يستفاد من الرواية من كون الحكم بصحة نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله اليه احتياطا مع ان فى دوران المرأة بين كونها زوجة أو أجنبية لا يكون ترتيب آثار الزوجية من الاحتياط كما انه لا يكون ترتيب آثار الملك فى مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحة البيع و ملك غيره لفساد البيع من الاحتياط و وجه (ره) ذلك بان المراد منه الاحتياط بالإضافة أى ما يكون محذور مخالفة الواقع فيه أخف لا- الاحتياط المطلق، يعنى التحفظ على الواقع على كل تقدير و ذلك فان الحكم ببطلان النكاح فى مورد تردده بين الصحة و الفساد قد يكون تفريقا بين الزوجين فيتزوج الزوجة من آخر فيحصل الزنا بذات البعل بخلاف ما إذا حكم بالصحة فإنه على تقدير عدم ثبوت الزوجية واقعا يكون الوطى بالشبهة بغير ذات البعل و هذا أهون من الأول.

أقول: لا- يخفى ان حكم العامة بصحة البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السّلام (فان النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه لانه الفرج) ناظرا الى ان الاحتياط فى النكاح يحصل بالحكم بصحته فى مورد دورانه بين الصحة و الفساد، فان لازم ما ذكر البناء على صحة النكاح و رفع اليد عن أصالة الفساد فى كل مورد تردد النكاح بين الصحة و الفساد حيث يكون البناء عليها أخف محذورا من البناء على الفساد و عدم ثبوت الزواج و لا أظن أحدا يلتزم بذلك مع ان المورد ليس من دوران الأمر بين المحذورين حتى لا يمكن فيه الاحتياط المطلق و التحفظ على الواقع على كل تقدير فان مقتضى كون النكاح فرجا يحتاط فيه لزوم إيقاع الطلاق أو تجديد العقد عند الشك فى العقد السابق.

و الظاهر بقرينة حكاية الوجه الاستحسانى المنقول عن العامة فى حكمهم

و يحصل الزنا بذات البعل (۱)

ببطلان النكاح و صحة البيع و بقرينة نقل الامام عليه السّلام قول على عليه السّلام فى مسألة نكاح الوكيل قبل عزله اليه ان مراده عليه السّلام بالاحتياط فى الصحيحة هو طرح الوجه الاستحسانى المزبور و الأخذ بقول على عليه السّلام حيث ان قوله عليه السّلام لا يقصر عن قول ابن عباس و عبد اللّه بن عمر و غيرهما مما يأخذون به و يرفعون به اليد عن الوجوه الاستحسانية.

و بعبارة أخرى الحكم بصحة النكاح فى مسألة عزل الوكيل احتياط من جهة طرح الاستحسان فيها و الأخذ بقول على عليه السّلام فلا تمنع ذلك عن الفحوى المتقدمة.

اللهم الا- ان يقال بمنع الفحوى فإن- أهمية النكاح و ترغيب الشارع الناس اليه لقوام العالم بالتوالد و التناسل الموقوف عليه مع النهى عن مقابله يعنى الزنا و السفاح- يقتضى التوسعة فى سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلا بين الناس و الوصول اليه.

و هذا بخلاف البيع و الشراء فان لتحصيل المال أسباب أخرى كالمصالحة و الهبة المعوضة و غير ذلك و عليه فلو حكم الشارع بصحة النكاح فضولا بلحوق الإجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعة فى السبب فى خصوص النكاح و لا يمكن مع هذا الاحتمال التعدى إلى البيع.

(۱) هذا فيما إذا أحرز المرأة أو زوجها الثانى صحة النكاح السابق أو تردده عندهم بين الصحة و الفساد من غير معين للفساد أو الصحة و الا فلا يتحقق عنوان الزنا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۲

[الروايات الواردة فى المضاربة]

وعد هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص (۱)

---

(۱) يعنى مقتضى القاعدة الأولية ان لا يكون لبيع الفضولى صحة فعلية بدون اجازة المالك و يستثنى من ذلك ما يكون من العامل فى المضاربة كما إذا اشترط عليه فى المضاربة شراء جنس فخالف و اشترى جنسا آخر فان هذا الشراء و لو مع ظهور الربح فضولى و لكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم اجازة المالك و ذلك استيناس لحكم بيع الفضولى حيث يظهر منه انه لا يعتبر فى صحة بعض البيوع الاذن السابق.

أقول- لا يرتبط هذه الاخبار بحكم بيع الفضولى و لا استيناس فيها و ذلك فان شراء العامل الجنس الآخر و صحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق اجازة المالك لا- يوجب أنسا لبيع الفضولى الذى يكون مصححه لحوق الإجازة به بل فى هذه الاخبار استيناس للموارد التى يكون التصرف فيها فى مال الغير نافذا بلا اذن ذلك الغير أو إجازته كنفوذ التصدق بالمال المجهول مالكه و كبيع الوكيل قيل بلوغ عزله اليه.

و لو قيل بدلالة الاخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق اجازة المالك حيث ان المالك مع ظهور الربح يرضى بمعاملة العامل عادة، و إظهار هذا الرضا و لو بمطالبة الربح اجازة فلا يرتبط ايضا مدلولها بصحة الفضولى بإجازة المالك، فان مقتضى صحة البيع و الشراء فضولا انتقال تمام الربح الى المالك بل و لا يستحق العامل المزبور فى الفرض حتى اجرة المثل باعتبار وقوع عمله بلا أمر المالك و اذنه.

و قد يقال فى توجيه هذه الاخبار و تطبيق مدلولها على القواعد وجهان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۳

....

الأول- ما عن الإيروانى (ره) من ان اشتراط المالك على العامل جنسا أو عدم إخراج المال الى بلد أو بيع المال نقدا و غير ذلك يكون باعتقاد المالك دخالة هذه الأمور فى الربح و كان المالك اشترط على العامل المعاملة التى فيها ربح فيكون الشراء المزبور داخلا فى المضاربة و يستحق العامل الحصة المعينة له من الربح.

أقول اعتقاد المالك دخالة أمر فى حصول الربح و اشتراطه على العامل لا يكون من اشتراط المعاملة التى فيها ربح، و لذا لو اشترى الوكيل ما عينه موكله و لم يحصل الربح كان شرائه نافذا و لو اشترى غير ما عينه كما إذا وكله فى شراء حيوان و اشترى الكتاب و كان الربح فى شراء الكتاب دون الحيوان كان الشراء فضوليا، و إذا وكلته الزوجة فى تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمرو باعتبار كون عمرو أصبح وجها و املى مالا- لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأة و السر فى ذلك ان الاعتقاد بدخالة شىء فى حصول الربح يكون داعيا الى اشتراط ذلك الشىء و تخلف الداعى و عدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط، هذا أولا.

و ثانيا لم يفرض فى الرواية ان المال الذى شرط المالك على العامل شرائه لم يكن فيه ربح أو كان أقل ربحا مما اشترى العامل ليقال بان صحة شراء العامل مقتضى اشتراط المعاملة التى فيها ربح أو ما يكون ربحه أكثر.

و ثالثا ربما لا يكون غرض المالك مجرد انماء المال حتى لو كان فى انمائه وقيعة عرفية كما فى اتجار عامله مع الكفار، أو بشراء ما فيه حضاضة عرفية بل قد يكون غرضه الإنماء بتجارة لا تكون فيها هذه الوقيعة و لو كانت ربحها أقل. الثانى كما عن السيد اليزدى

(ره) و أوضحه بعض الأجلاء (دامت شوكته) ان هذه الروايات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۴

....

بعضها ظاهرهٔ فى موافقهٔ القاعدهٔ كصحيحهٔ محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل يعطى المال مضاربهٔ و ينهى عن يخرج فخرج قال يضمن المال و الربح بينهما «۱» و بعضها الأخرى محمولهٔ على موافقتها كصحيحهٔ جميل عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل دفع الى رجل ما لا ليشترى به ضربا من المتاع مضاربهٔ فذهب فاشترى به غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط «۲» و بيان ذلك ان شرط عدم الخروج الى بلد فلان، فى الصحيحهٔ الأولى شرط خارج عن أصل المضاربهٔ التى مقتضاها الشركهٔ فى الربح و الاشتراط المزبور، مقتضاه ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفهٔ الشرط و ليس فى ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربهٔ و لا مقتضى الاشتراط و يحمل الصحيحهٔ الثانيهٔ على صورهٔ اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائدا على أصل المضاربهٔ لا أخذه فى أصل المضاربهٔ بنحو التقييد.

و لو قال ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفهٔ فى الربح كان شراء الغنم مأخوذا بنحو التقييد و لو قال ضاربتك بهذا المال لتتجر به على المناصفهٔ فى الربح و على ان تشترى غنما فشراء الغنم يكون من الشرط الخارجى و لا يوجب مخالفته إلا ضمان العامل لرأس المال و هذه الروايات و ان تكون مضمونها موافقهٔ للقاعدهٔ الا انها أجنبيهٔ عن تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازهٔ و قد ذكر ان الشاهد لحمل الاخبار على صورهٔ الاشتراط الخارجى هى صحيحهٔ الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربهٔ له من الربح و ليس عليه من الوضيعهٔ شىء الا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۱) من أبواب المضاربهٔ الحديث (۱)

(۲) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۱) من أبواب المضاربهٔ الحديث (۹).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۵

....

به مضاربهٔ و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبهٔ فإن خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن للمال «۱» حيث فسر مخالفهٔ أمر صاحب المال الوارد فى المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجى.

و الحاصل ان المفروض فى هذه الروايات ليس تقييد الاذن للعامل فى التجارهٔ كما هو مقتضى نفس عقد المضاربهٔ بل إلزام خارجى على العامل بان لا يشترى متاعا خاصا أو ان لا يسافر أو ان لا يشترى من شخص و يترتب على مخالفهٔ هذا الإلزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه.

و لذا وقع فى حكايهٔ قول عباس لعامليه فان خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن المال.

و المتحصل انه يجب تكليفا على العامل موافقهٔ الشرط لعموم قوله عليه السّلام (المسلمون عند شروطهم) و على تقدير المخالفهٔ يترتب عليه الضمان.

أقول لا يخفى ما فيه اما أولا فإنه يكون اشتراط عمل على أحد المتعاقدين خارجا عن المعاملهٔ فيما إذا كان مدلول المعاملهٔ أمرا مغايرا لإلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما إذا باع المتاع من زيد و اشترط عليه ان لا يملك ذلك المتاع من شخص آخر أو من عمرو

فان بیع المتاع عبارة عن تملیکه بعوض و اما تصرف زید فیه بعد تملکه بالإبقاء أو تملیکه من آخر فهو خارج عن مدلول البیع فیجوز لبائعه ان یلزم المشتری حین بیعه بالالتزام بعدم تملیکه من شخص آخر أو من عمرو.

و اما إذا کان مدلول المعاملة أمرا لا یجتمع إطلاقه مع إلزام الطرف بالالتزام بذلک العمل کما فی العقود الإذنیة فإنه إذا أعار ثوبه من زید و اشترط علیه ان لا یلبسه

---

(۱) وسائل الجزء (۱۳) باب (۱) من أبواب المضاربة الحدیث (۷)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۶

....

أیام المطر فهذا الشرط لا یجتمع مع إطلاق الإذن للمستعیر فی لبسه بمعنی ان الاذن فی لبسه کما هو مدلول عاریته لا یکاد یعم اللبس أیام المطر و لذا لا یصح ان یصرح المعیر بأنی أذنت لک فی لبسه حتی أیام المطر و لکن علیک الالتزام بترک لبسه أیام المطر فی مثل ذلک لا بد من ورود القید علی متعلق الاذن فیکون المأذون فیه هو لبسه فی غیر أیام المطر سواء اتی ذلک فی عقد العاریة بصورة التقیید بان یقول أعرتک الثوب و اشترط علیک ان لا یلبسه أیام المطر و یفصح عن ذلک انه لو سئل المعیر عن انک أذنت له فی لبسه أیام المطر یقول لإبل نفیت الاذن فیه صریحا.

و السر فی ذلک ان إلزام الطرف بترک فعل لا یجتمع مع الترخیص فیه بل لا بد من رفع الید عن الإلزام و عقد المضاربة من العقود الإذنیة حیث ان مدلولها الاذن للعامل فی التجارة برأس المال علی نحو المشارکة فی الربح و إذا اشترط علی العامل متاعا خاصا بأن یقول أذنت لک فی التجارة بهذا المال علی نحو المناصفة فی الربح علی ان لا تشتری الحیوان فهو فی الحقیقة الاذن فی التجارة بغیر الحیوان لأن إلزام العامل بالالتزام بترک تجارة غیر الحیوان لا یجتمع مع الاذن فی تجارة الحیوان.

و لذا لا یفرق بین ان یقول ضاربتک هذا المال لتتجر غیر الحیوان أو یقول ضاربتک بهذا المال علی ان لا تتجر بالحیوان.

فقد ظهر مما ذکرنا ان ما فی قول عباس من اشتراطه علی عاملیه بان لا یشتروا ذا کبد رطبة لا یمکن حمله علی الشرط الخارجی فضلا ما فی صحیحة جمیل و غیرها.

و اما ثانیا فإنه فرق بین التفسیر و الاستشهاد علی الحکم فإن الأول من قسم الحکومة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۷

....

یوجب سقوط الإطلاق عن المفسر بالفتح بخلاف الثانی فإنه لا یوجب تقییدا أصلا فإنه یصح الاستشهاد علی الحکم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل.

و ما فی صحیحة الحلبی من قوله علیه السّلام (الا ان یخالف أمر صاحب المال) مطلق یعم المخالفة فیما إذا کان امره بنحو التقیید فی متعلق المضاربة و فیما کان امره بنحو الاشتراط و قوله علیه السّلام فان العباس إلخ استشهاد علی الحکم و ان مخالفة أمر مالک رأس المال یوجب ضمان المال و لا فرق فی الضمان بین اشتراط الترک أو تقیید متعلق المضاربة و لعله لذلک ذکر السید الیزدی (ره) بان فی الاستشهاد إشارة إلی صورة الشرط الخارجی لا انه ظاهر فی إرادته بخصوصه.

و اما ثالثا فنفرض ان الروایات کلها ناظرة إلی صورة الاشتراط الخارجی و ان الشرط فی المقام لا یوجب تقییدا فی متعلق المضاربة فالحکم الوارد ایضا لا ینطبق علی القاعدة فإنه بعد کون العامل مأذونا فی شراء ما شرط علیه ترک شرائه یقع الشراء لمالک رأس

المـال فکیف یکون خسـارته علی العامـل فـان النقص قـد حصل فی رأس المال باذن مالکه فلا موجب لکونه علی العامل فان الشـرط مقتضاه انقلاب ید العامل علی رأس المال بالمخالفهٔ إلی ید ضـمان فیضـمن تلفه و هلاکه و الخسارهٔ غیر التلف و فی صحیحهٔ الحلبی الأـخری عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام قـال فی الرجـل یعطی المال فیقول له ائت أرض کـذا و کـذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال فان جاوزها و هلک المال فهو ضامن و ان اشتری متاعا فوضع فیه فهو علیه و ان ربح فهو بینهما فقد ذکر سلام اللّه علیه الخسارهٔ فی مقابل هلاک المال و حکم بأنهما علی العامل.

و الحاصل ان ما ورد فی هذه الروایات حکم تعبدی و مع صحهٔ إسنادها و تمام دلالتها یتعین الأخذ بمقتضاها و اللّه سبحانه هو العالم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۸

و النهی عن أکل المال بالباطل (۱)

[الأخبار فی الاتجار بمال الیتیم]

و من هذا القبیل الأخبار الواردهٔ فی اتجار غیر الولی (۲)

---

(۱) لاـ یخفی ان روایـات الباب حاکمـهٔ علی النهی عن تملک مال الغیر بالباطل فان مع ترخیص الشارع فی التملک المزبور، لا یکون الأکل أکلا بالباطل کما أنها بالإضافهٔ الی ما دل علی عـدم حل المال بغیر رضا صاحبه أخص مطلق فیرفع الید بها عن إطلاقه و الوجه فی کونها أخص ما تقـدم من ان مقتضـی اجازهٔ المالک لمعاملهٔ العامل انتقال تمام الربح الی المالک فیکون تملک العامل الحصهٔ من الربـح، تملـک مـال الغیر بلا رضاه کما ان مقتضاها انه یجوز لمن انتقل إلیه رأس المال تملکه و لو بلا اجازهٔ مالکه فیرفع بـذلک عن إطلاق حدیث عدم حل المال بغیر رضا مالکه.

(۲) و هـذه الروایـات لاـ تعم مـا إذا اتجر الولی للطفـل فـان تجـارته نافـذهٔ فی حق الطفـل و لیس علی الولی ضـمان کان ملیا أولا فإن التفصـیل فی تلـک الروایات بین کون العامل له مال أولا قرینـهٔ علی ذلک لان اعتبار کون العامل ملیا لأجل أن یعوض عن مال الطفل فی صورهٔ تلفه أو الخسارهٔ، و هذا لا یجری فی صورهٔ اتجار الولی لمصـلحهٔ الطفل لعدم الموجب لضمانه بل یجری الضمان فی صورهٔ اتجار الولی بمال الطفل لنفسه باستقراضه أو کان العامل بمال الطفل أجنبیا لم یکن له ولایهٔ علی مال الطفل أو وکالهٔ فیه.

و بتعبیر آخر إذا کان ولی الطفل ملیا یجوز له الاستقراض بمال الطفل و الاتجار لنفسه و فی صحیحهٔ منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی رجل ولی مال یتیم ا یستقرض منه فقال انه علی بن الحسین قد کان یستقرض من مال أیتام کانوا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۹

....

فی حجره فلا بأس بذلک «۱» و یرفع عن إطلاقها بمثل صـحیحهٔ ربعی عن أبی عبد اللّه علیه السّـلام فی رجل عنده مال الیتیم فقال ان کـان محتاجا و لیس له مال فلا یمس ماله و ان هو اتجر فالربـح للیتیم و هو ضامن و فی روایـهٔ منصور الصـیقل قال سألت أبا عبـد اللّه علیه السّـلام عن مـال الیتیم یعمـل به قال فقال إذا کان عنـدک مال و ضـمنته فلک الربـح و أنت ضامن للمال و ان کان لا مال لک و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال «۲».

و کـذا یجوز للولی المضاربـهٔ بمـال الطفـل فیمـا إذا رای ذلـک صـلاحا للطفـل و هـذا مقتضـی ولاـیته علی الطفـل و ماله و ذکرنا ان الروایـات الواردهٔ فی کون الربـح للیتیم و الخسارهٔ و الضـمان للعامل لا تکون ناظرهٔ الی هـذه الصورهٔ بقرینـهٔ اعتبار کون الولی ملیا فان ملائته و عـدمها لا دخل لهما فی جواز المضاربـهٔ للطفل و فی روایهٔ أبی الربیع قال سـئل أبو عبد اللّه علیه السّـلام عن الرجل یکون فی

یدیه مال لأخ له یتیم و هو وصیه أ یصلح له ان یعمل به قال نعم کما یعمل بمال غیره و الربح بینهما قال قلت فهل علیه ضمان قال لا إذا کان ناظرا له فان ظاهرها عدم الضمان للولی فیما إذا کان فی اتجاره مراعیا لمال الطفل.

و اما روایة أسباط قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام کان لی أخ و هلک و اوصی الی أخ أکبر منی و أدخلنی معه فی الوصیة و ترک ابنا صغیرا و له مال أ فیضرب به أخی فما کان من فضل سلمه للیتیم و ضمن له ماله فقال ان کان لأخیک مال یحیط بمال الیتیم ان تلف فلا- بأس و ان لم یکن له مال فلا- یعرض لمال الیتیم فإنها غیر ظاهرة فی اعتبار الملائة فی الولی فی صورة تجارته للطفل بل ظاهرها اعتبارها فی صورة استقراض الولی و لا یکون فرض دفع الربح الی الیتیم قرینة علی کون تجارته

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۶) باب (۳۴) من أبواب العتق.

(۲) الوسائل الجزء (۶) الباب (۲) من أبواب من یجب علیه الزکاة الحدیث (۷)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۰

....

للیتیم مع ان الروایة ضعیفة سندا و لا یمکن الاعتماد علیها فی رفع الید عن القواعد العامة.

لا یقال یظهر من بعض الروایات جواز استقراض الولی من مال الطفل و لو مع عدم الملائة و فی روایة البزنطی قال سألت أبا الحسن علیه السّلام عن الرجل یکون فی یده مال لأیتام فیحتاج الیه فیمد یده فیأخذه و ینوی أن یرده فقال لا ینبغی له ان یأکل إلا القصد و لا یسرف فان کان من نیته ان لا یرد علیهم فهو بالمنزل الذی قال اللّه عز و جل إِنَّ الَّذِینَ یَأْکُلُونَ أَمْوٰالَ الْیَتٰامیٰ ظُلْماً.

(فإنه یقال) مع ظهورها فی الترخیص فی الاستقراض لقوته لا- للتجارة و نحوها و معارضتها بما هو من قبیل الحاکم بالإضافة إلیها کروایة زرارة و محمد بن مسلم معا عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال (مال الیتیم ان عمل به الذی وضع علی یدیه ضمن و للیتیم ربحه قالا- قلنا له قوله وَ مَنْ کٰانَ فَقِیراً فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوفِ قال انما ذلک إذا حبس نفسه علیهم فی أموالهم فلم یجد لنفسه فلیأکل بالمعروف من مالهم لا یمکن الاعتماد علیها لضعف سندها.

و الحاصل ینحصر ضمان مال الطفل و کون تمام الربح للیتیم بموردین:

أحدهما- ما إذا کان العامل أجنبیا یعمل بمال الطفل من غیر ولایة و وکالة عن ولیه و ثانیهما- ما إذا لم یکن ولیه ملیا و قد استقرض مال الطفل و اتجر به لنفسه و فی صحیحة محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی مال الیتیم قال العامل به ضامن و للیتیم الربح إذا لم یکن للعامل مال و ان عطب أداه.

فإنه یرفع الید عن إطلاقها بالإضافة إلی الولی الملی المستقرض مال الطفل و التجارة به لنفسه بما تقدم و قد ذکر کون الربح للیتیم فی صورة عدم ملائة الولی فی صحیحة ربعی المتقدمة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۱

و ربما یؤید المطلب أیضا بروایة ابن أشیم (۱).

ثم انه لا- فرق فی کون تمام الربح للیتیم بین کون الاتجار بعین مال الیتیم أو أدی العامل به ما علیه من ثمن ما اشتراه بذمته و فی صحیحة زرارة و بکیر معا عن أبی جعفر علیه السّلام قال لیس علی مال الیتیم زکاة الا ان یتجر به ففیه الزکاة و الربح للیتیم و علی التاجر ضمان المال فان هذه ایضا تعم ما إذا کان التاجر بمال الطفل ولیا أو غیره.

فتحصل من جمیع ذلک ان مفاد هذه الروایات أجنبی عن بیع الفضولی بل و لا استیناس فیها له و أن الحکم الوارد فیها تعبدی و هو

الحکم علی المعاملـة بکون ربحها للطفل حتی فیما إذا کان ذلک علی خلاف القواعـد کما إذا اشتری غیر الولی بثمن بـذمته و دفع ما علیه من مال الطفل أو اشتری الولی غیر الملی کذلک.

و بذلک یظهر أن ما قیل من أن حکم الشارع بثبوت الربح للیتیم اجازة للمعاملة الفضولیة غیر صحیح، فان مقتضی الإجازة فی المثالین وقوع المعاملـة للمتجر لاـ للطفـل کمـا ظهر انه لاـ یمکن تطبیق الروایات علی القاعـدة بـدعوی أنه إذا لم یجز للولی الاسـتقراض بمال الطفل و کان القرض محکوما بالبطلان تکون المضاربة واقعة علی مال الطفل فیکون الربح له فان ظاهرها کون تمام الربح للیتیم و هذا لاـ ینـاسب صـحة المضاربـة کما ان کون الخسـران علی الـذی وضع یـدیه بمال الطفل لا یناسـبها. أضف الی ذلک انه إذا کان اشتراء العامل بذمته و دفع مال الیتیم أداء لما علیه لا تقتضی القاعدة إلا بطلان الأداء لا دخول الربح فی ملک الیتیم.

(۱) أقول یحتمل کون العبـد المأذون مأذونا حتی من قبل الورثـة بالبیع و الشـراء لهم بان کان لهم عنـده مال غیر الألف الذی دفع الیه مورثهم و علی ذلک فمطالبتهم باب العبد المأذون، لیس من اجازة شراء الفضولی لیؤید بهذه الروایة

....

صحة عقد الفضولی بلحوق الإجازة به و یحتمل کون دعوی الورثة من جهة ان العبد المعتق بالکسـر کان وکیلا من قبل أبیهم لا وصیا عنه حیث لم یصـرح فی الروایة بأنه أوصـی الی العبد المدفوع الیه المال و بما ان الوکالة تبطل بموت الموکل فدعواهم ان الشراء کان بعین مالهم بمنزلة اجازة لشراء الفضولی.

ثم ان الحکم بعود المعتق بالفتـح رقاً لمولاه الأول باعتبار ان الورثة و مولی العبد المأذون و مولی العبد الحاج لا دعوی لهم علی العبد المأذون بان یطالبوه بحق لازم علیه بل المخاصمة تکون بین ورثة المیت و مولی العبد المأذون و مولی العبد الحاج و کل من الورثة و مولی العبـد المأذون یدعی مالکیة العبد الحاج بالشـراء وکالة أو بإجازة شـراء الفضولی و ینکر ذلک علیهم مولاه یعنی مالکه الأول و الأصل المعتبر و هو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه کون مالکه الأول منکرا.

(لا یقال) لا مجال للاستصـحاب المزبور حیث ان أصالـة الصـحة فی الشـراء تکون حاکمة علیه فإنه یقال إنما تجری أصالة الصـحة مع إحراز تحقق أصـل الشـراء کما إذا شک فی بعض شـروط صـحته و اما مع عـدم إحراز وجود أصل المعاملـة و تحقق عنوانها فلا مورد لأصالة صحتها و المقام کذلک فإنه علی إنکار مولی المعتق بالفتح لا یحصل الشراء أصلا.

(لا یقال) یؤخذ بإقرار العبد المأذون بأنه اشتری أباه بما دفعه الیه الرجل کما هو مقتضـی قاعدة من ملک شـیئا أی تصرفا ملک الإقرار بذلک التصرف.

(فإنه یقال) لا مجری فی المورد للقاعـدة أیضا حیث یقبل إقرار المالک بالعمل ای اخباره عن وقوعه أولا وقوعه مع إحراز أنه سـلطان للعمل المزبور فی زمان اخباره لا بعد انقضاء زمان سـلطنته علی ذلک التصـرف مثلا إذا أخبر الزوج بالرجوع فی زمان عدة زوجته فان کان اخباره فی زمان العدة یقبل منه و بعد انقضائه لا یقبل

....

و فی المقام إقرار العبد المأذون بأنه اشتری بالمال الذی دفعه الیه الرجل إقرار بعد انقضاء زمان وکالته عن المورث فلا یسمع.

أضف الی ذلک ان القاعدة المزبورة موردها اختلاف الوکیل مع موکله لا مورد دعوی موکله علی الآخر أو بالعکس بان یکون اخبار الوکیـل موجبـا لثبوت حق موکله علی الآـخر أو العکس کما إذا قال موکله باع وکیلی المتاع بمائـة و قال المشتری بل اشتریته بثمانین

فان اعتراف الوکیل بکون الثمن مأة لا یوجب تعین الثمن بل یحسب الوکیل علی تقدیر عدالته شاهدا و تفصیل الکلام موکول الی محله.

نعم فی الروایة إشکال آخر و هو انه کیف حکم الامام علیه السّلام بصحة الحج مع اشتراط الحج بکون الحاج حرا أو یکون حجة بإذن مولاه و کیف یستحق الأجرة مع ان المال المدفوع الیه ملک الورثة.

و (الجواب) عن ذلک بان الروایة غیر ناظرة إلی صحة الحج بل ظاهرها ان العبد الحاج قابل للرد الی موالیه و لکن حجه لتصرمه و انقضائه غیر قابل للرد ضعیف فان ظاهر مضی الحج صحته و ظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع الیه بعنوان الأجرة علی الحج.

و الحاصل ان عدم جواز حج العبد من غیر اذن مولاه لیس من جهة حرمة تصرف العبد فی ملک مولاه لیقال بأنه لا تثبت هذه الحرمة مع غفلة العبد عن بطلان عتقه فیعم الحج ما دل علی مشروعیة حج الإنسان عن نفسه أو غیره بل عدم جوازه باعتبار اشتراط اذن مولاه فی حجه کما هو ظاهر قوله سبحانه عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْءٍ و ظاهر الروایات الواردة فی حج العبید و الإماء فلا حظ و الذی یسهل الأمر ضعف الروایة سندا فان الشیخ (ره) رواها بإسناده عن الحسین بن سعید عن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۴

و مما یؤید المطلب صحیحة الحلبی (۱).

ابن محبوب عن صالح بن رزین عن ابن أشیم و صالح بن رزین و ان وقع فی اسناد تفسیر علی بن إبراهیم الا ان ابن أشیم ضعیف.

(۱) رواها الشیخ (ره) بإسناده عن الحسین بن سعید عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبی و ظاهر أخذ الثوب بوضیعة الا قاله بتنقیص من ثمنه فیکون النهی عن الأخذ المزبور کما هو مقتضی النهی عن المعاملة إرشادا إلی بطلانها و علی ذلک فإذا باعه البائع ثانیا یکون بیعه من المشتری الثانی فضولیا و حیث ان مشتریه الأول المالک للثوب واقعا کاره للثوب یکون أخذه التفاوت عنده رده علیه اجازة للبیع الثانی.

و ربما یقال ان الروایة لا ترتبط ببیع الفضولی أصلا فإنه لم یفرض فی الروایة ان المشتری الأول قد أجاز البیع الثانی و لعله لا یرضی بالبیع الثانی بعد وقوعه لزیادة القیمة السوقیة للثوب بعد إقالته و لو کان الحکم بصحة البیع الثانی باعتبار کونه فضولیا قد لحق به الإجازة لزم رد تمام الثمن فیه، علی المشتری و استرداد المدفوع إلیه بالإقالة الفاسدة بل الظاهر ان البیع الثانی بیع تام یقع للمشتری الأول حیث ان رده الثوب علی بائعه بوضیعة إبراز منه لرضاه ببیعه بأکثر من ثمنه و مع هذا الإبراز یقع البیع الثانی من البائع مقارنا لرضاه المبرز فیصح.

(أقول) کیف یکون مع غفلة البائع و المشتری الأول عن بطلان الإقالة إبراز من المشتری الأول و الاذن منه للبائع بیعه بأکثر من ثمنه نظیر ما إذا باع متاعه ببیع فاسد شرعا فإنه کیف یمکن الالتزام ان البیع المزبور مع الغفلة عن فساده توکیل للمشتری ببیعه بأزید من الثمن المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۵

و یمکن التأیید له ایضا (۱).

نعم فی مثل ما وکل الغیر فی بیع متاعه بالأقل باعتقاد ان متاعه لا یساوی أکثر من ذلک یکون ذلک توکیلا بأکثر من المقدار المزبور و قد ذکر نظیر ذلک فی توکیل رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عروة بشراء شاة واحدة بدینار فاشتری شاتین فان التوکیل المزبور یدل بالفحوی علی توکیله فی شراء شاتین بالمقدار المزبور.

و الحاصل الظاهر وقوع المعاملة المزبورة بنحو الفضولی و کراهة المشتری الثوب المزبور و أخذه ما زاد علی المقدار المدفوع الیه عند

رده عليه اجازة عملية للبيع المزبور كما ان أخذ ذلك التفاوت مبادلة معاطاتية بين المدفوع إليه أولا و مقدار مساويه الباقى بيد البائع و يتعين الالتزام بها سواء كان البيع الثانى من البيع الفضولى أو من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالإقالة.

(۱) لا يخفى ان حمل الموثقة على صورة كون شراء السمسار فضوليا ليجيره دافع الورق فيما أراد و يرده فيما لم يرد ضعيف غايته فإنه ان فرض ان مالك الورق قد اذن له فى شراء المتاع فشرائه يخرج عن الفضولى لا محالة و ان لم يأذن له فى شرائه فالشراء و ان يكون فضوليا الا ان لازم ذلك ان لا يكون للسمسار حق المطالبة بالأجرة على شرائه حتى بعد اجازة مالك الورق فان الموجب لاستحقاق الأجرة توكيله أو الاذن فى الشراء و المفروض عدمهما.

و كذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بان يكون الورق المدفوع اليه قرضا عليه فيشترى به المتاع لنفسه أو يوفى به دينه أى الثمن الكلى بذمته فان هذا لا يناسب توصيف السمسار بأنه يشترى بالأجر فان توصيفه به بمنزلة ذكر انه فى فرض السؤال أيضا يشترى بالأجر و الا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فان السمسار و هو الدلال شأنه أخذ الأجرة على شرائه و بيعه للغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۹۶

[الأخبار الواردة فى تحليل الخمس]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة (۱)

و أيضا ان السمسار مع شرائه لنفسه ثم بيعه لصاحب الورق، لا يستحق على الشراء المزبور أجرة أصلا غايته ان له ان يبيع ما اشتراه بالأكثر، فيتعين فى فرض الرواية الشراء لصاحب الورق مع جعل الخيار له، و لعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء، بل عن عدم إعطاء صاحب الورق الأجرة على شراء السمسار فى فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

و حاصل الجواب انه لا بأس بذلك بعد المقاولة بأنه لا يعطى أجرة على شراء متاع لا يريد أخذه، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) و توضيحه ان مجرد اجراء النكاح و عقده، لا يكون محرما على العبد تكليفا فان إجرائه كسائر تكلمه لا يكون من المحرمات و لو مع عدم اذن صاحبه، و المراد من معصية السيد عدم حصول رضاه مع اعتبار حصوله فى نفوذ نكاحه، و المستفاد من تلك الاخبار انه كلما كان نقص المعاملة و عدم نفوذها من جهة معصية أحد يعنى من جهة فقد رضاء من يعتبر فى نفوذها رضاه، فتتم تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا و لو بعد زمان، و هذا بخلاف المعاملات التى يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضاء الشارع بها كالنكاح فى العدة، فإنه لا يحتمل عروض الصحة له.

و مما ذكرنا يظهر ان هذه الاخبار تفيد فيما كان نقص المعاملة من جهة اعتبار الرضا فقط كبيع الراهن بدون رضا المرتهن، و اما إذا كان عدم نفوذه من جهة عدم إضافته أيضا الى المالك كما هو مورد كلامنا، فلا.

و يستدل على صحة بيع الفضولى بروايات تحليل الخمس للشيعة مطلقا أو فى خصوص المناكح و المساكن و المتاجر فان المراد بالمناكح الجوارى التى تدخلن فى الرق بالأسر، فهن اما ملك الامام عليه السّلام كما إذا وقعن فى الأسر فى الحرب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۲۹۷

....

بلا اذنه عليه السلام أو ان له عليه فيهن الخمس، كما إذا كان الحرب باذنه عليه السّلام فيكون شرائهن ممن عنده من الشراء فضولا و تحليلهن للمشترى فيما إذا كان شيعيا من لحوق الإجازة بالشراء المزبور فينتقل الخمس الى بدلهن و هو الثمن الذى يأخذه البائع.

و كذا الأراضى التى تكون ملكا للإمام عليه السلام، كالتى تؤخذ من الكفار بالحرب من غير اذنه عليه السّلام أو تكون له فيها الخمس

کالأرض المشتراة من الـذمی فیما إذا تملکها باشترائها من المسـلم فإنه إذا باعها الذمی من الشـیعی یکون الشـراء فضولیا بالإضافهٔ الی خمس الأرض و تحلیل تلک الأرض للمشتری اجازهٔ لشـرائها، و المراد بالمتاجر الأموال المشتراهٔ المتعلقـهٔ بها الخمس بید من لا یعتقد بالخمس، فان شرائها من البائع المزبور یکون من الشراء الفضولی و تحلیلها للمشتری الشیعی اجازهٔ لشرائها، کما ذکر.

بل ذکرنا فی محله ان ظاهر اخبار التحلیل هو تحلیل الخمس مطلقا سواء کان من قبیل المناکح و المساکن أو المتاجر بالمعنی المزبور أولا، و مقتضی الجمع بینها و بین مثل صحیحهٔ علی بن مهزیار الدالهٔ علی ان الخمس فی کل ما یفید الرجل الی ان قال (ان یبلغ موالیه بإیصـال حقه علیه السّـلام الیه أو وکیله) هو ان الـذی یتعلق الخمس بالمال فی یـده مکلف بإیصاله إلی أربابه و انه لم یتعلق بالخمس المزبور حـل بالإضافـهٔ الیه و امـا الـذی یقع هـذا المال بیـده قبل إخراج خمسه لا یجب علیه إخراج الخمس السابق، و انه یحل له تمام ذلک المال.

و علی ذلک فلو اشتری متاعا تعلق به الخمس فی ید بایعه، یملک تمام ذلک المتاع کما هو مقتضـی شمول اخبار التحلیل للمشتری و ینتقل الخمس بثمنه المدفوع کما هو مقتضی عدم تحلیل الخمس للبائع و إذا وصل الی ید الشیعی من غیر معاوضهٔ کما إذا

....

دفع المشتری ما فیه الخمس إلی البائع وفاء لما علیه من الثمن الکلی فیمکن أن یقال بضـمان المشتری الخمس حیث ان دفعه الیه وفاء لمـا علیه من الثمن مع تحلیل الخمس للبائع إتلاف منه للخمس فیضـمن و کـذا فی موارد دفعه الی المشتری مجانا بخلاف ما إذا کان انتقـال ذلـک المال إلی الشـیعی بحکم الشارع فقط کما فی موارد إرث المال الـذی تعلق به الخمس بیـد المورث، فان مقتضـی تلک الاخبار حل ما فیه الخمس للوارث، و المورث لا یضمن الخمس حیث انه لم یدفعه لیضمن إتلافه، و هکذا.

و یشهـد أیضـا علی ان من بیـده تعلق الخمس بالمـال، مکلف بـإخراجه صـحیحهٔ الحلبی عن أبی عبـد اللّه علیه السّـلام فی الرجل من أصـحابنا یکون فی لوائهم و یکون معهم فیصـیب غنیمـهٔ قـال یؤدی خمسا و یطیب له و صـحیحهٔ حفص بن البختری عن أبی عبـد اللّه علیه السّـلام قال خـذ مال الناصب حیثما وجدته و ادفع إلینا الخمس و فی موثقهٔ عمار عن أبی عبد اللّه علیه السّـلام انه سـئل عن عمل السـلطان یخرج فیه الرجل قال لا الا ان لا یقدر شـیء بأکل و یشـرب و لا یقدر علی حیلهٔ فإن فعل فصار فی یده شـیء فلیبعث بخمسه الی أهل البیت و فی صـحیحهٔ ابن ابی نصـر قال کتبت الی ابی جعفر علیه السّـلام الخمس أخرجه قبل المؤنـهٔ أو بعد المؤنهٔ فکتب بعد المؤنهٔ، الی غیر ذلک.

نعم ورد فی بعض الروایات التحلیل بالإضافـهٔ الی من تعلق الخمس بیـده و لکن مـدلولها تحلیل شخصـی لا یمکن التعدی أو اسـتفادهٔ الحکم الکلی، کروایتی مسمع بن عبد الملک و علی بن مهزیار.

ثم ان الروایـات الواردهٔ فی تحلیل الخمس للشـیعهٔ قـد تـذکر شاهـدهٔ لتمام شـراء الفضولی بلحوق الإجازهٔ به بل قیل ان التحلیل اجازهٔ بنحو الکشف کما هو مقتضی قول علی علیه السّلام (الا و ان شیعتنا من ذلک و آبائهم من حل) و ربما یذکر انه قد

....

تقـدم عدم خروج البیع عن الفضولیهٔ بمجرد مفارنته برضا المالک واقعا بل لا بد من إبراز الرضا و علیه فیقل الکلام فی ان مجرد إبراز الرضا کاف فی خروجه عن الفضولیـهٔ و ان لم یصل ذلک الإبراز إلی العاقـد کما إذا باع مال الغیر قبل وصول إبراز المالک رضاه الیه أو انه یعتبر فی خروجه عن الفضولیـهٔ وصول ذلک الإبراز إلی العاقـد قبل عقده المعبر عن ذلک بالاذن الظاهر هو الثانی لأنه لا یصـح

استناد البیع الی المالک و انه قد باع ماله مع حصول العقد من العاقد قبل وصول ذلک الإبراز إلیه فیکون الإبراز المزبور من الإجازة اللاحقة للبیع الفضولی أقول هذا الکلام عجیب فإنه إذا لم یکن الإبراز المزبور مصححا لاستناد البیع الی المالک، فکیف یعتبر ذلک الإبراز اجازة مع انه یعتبر فی الإجازة کونها مصححة لاستناد العقد الی المجیز.

و بعبارة أخری کما یعتبر فی صحة الاستناد وصول إبراز الرضا من المالک الی العاقد کذلک یعتبر فیها وصول خبر البیع الی المالک و إظهار رضاه به بعد الاطلاع المعبر عن ذلک بالإجازة.

و الحاصل انه لا یعقل ان یکون إبراز الرضا من علی علیه السّلام توکیلا للشیعة فی الشراء أو اجازة منه لذلک الشراء حیث لا یعقل الوکالة لما بعد موت الموکل أو الإجازة للعقد الواقع بعد موته و الصحیح ان التحلیل المزبور لا یرتبط بإجازة شراء الفضولی و لا بالتوکیل فیه لیقال انه کیف یصحح استناد الشراء الی الامام علیه السّلام بل هو من قبیل إعطاء الولایة لمن ینتقل الیه ما فیه الخمس علی المعاملة علیه نظیر إعطاء الموصی الولایة علی الوصی علی التصرف فی ثلثه بإجارته أو بیعه أو بیع منافعه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۰

و فیه ان دلالته علی الحصر ممنوعة (۱)

و قد تقدم نظیر ذلک فی شراء الخراج و تقبل الأرض من السلطان حیث ذکرنا ان تحلیل الخراج المأخوذ منه و تحلیل تلک الأرض، إعطاء ولایة للمشتری و المتقبل فی الشراء و التقبل.

(لا یقال) تحلیل الخمس للشیعی لا یلازم الحکم بصحة شراء الخمس لیتکلم فی انه بنحو التوکیل أو الإجازة أو من إعطاء الولایة بل مقتضاه أن یجوز للشیعی تملک ما فیه الخمس فإذا اشتری متاعا تعلق به الخمس بید بایعه، فمقتضی اخبار التحلیل، انتقال ذلک المتاع بتمامه إلی المشتری و لو تملک البائع تمام الثمن یکون ذلک تحلیلا للخمس له فلا بد من القول بأنه لا یملک من الثمن المقدار الواقع مقابل خمس المتاع بل یبقی ذلک المقدار من الثمن فی ملک المشتری فیجوز له الامتناع من دفعه الی البائع علی تقدیر تمکنه علی الامتناع و کذا فی مورد اشتراء المتاع بثمن فیه الخمس فإنه یکون تمام الثمن ملکا للبائع، و اما المتاع فخمسه یبقی فی ملک البائع فیجوز له الامتناع عن دفعه الی المشتری و علی تقدیر دفعه لا یدخل فی ملک المشتری.

(فإنه یقال) لسان اخبار التحلیل ان التحلیل لتسهیل الأمر علی الشیعة فی معاملاتهم و مناکحهم و معاشراتهم، و هذا یناسب إمضاء المعاملة الجاریة علی مال الخمس أو إعطاء الولایة علی تلف المعاملة لا الاذن فی تملک کل ما وقع بیده مما فیه الخمس و لو کان ذلک الوقوع عدوانا علی من تعلق الخمس بالمال فی یده أو علی أرباب الخمس.

(۱) قد تقدم فی بیان صحة بیع المکره بلحوق الإجازة به بیان کون الاستثناء فی الآیة منقطعا فلا دلالة فیها علی الحصر و ان مقتضی تقیید التجارة بکونها عن تراض، عدم کونها بإطلاقها موجبة لتملک مال الغیر و اما کون التجارة ناشئة عن التراضی بحیث

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۱

....

لا ینفع لحوق الإجازة بها فلا یعتبر باعتبار ان القید کما ذکر غالبی لا یمنع عن التمسک فی صحتها مع لحوق الإجازة بها بإطلاق حل البیع و عموم وجوب الوفاء بالعقد.

لا یخفی ان المنسوب الی أهل الکوفة قراءة تجارة بالنصب و الباقی بالرفع و علی قراءة رفعها یکون عن تراض قیدا للتجارة أو خبرا عنها و الخبر فی معنی القید لها و اما علی قراءة النصب فیحتمل ان یکون عن تراض خبرا بعد الخبر فمفاد الآیة لا تتملکوا أموال الناس بالباطل و تملکوها بالتجارة و بالتراضی و المصالحة، و علی ذلک فلا یکون فی الآیة، تقیید التجارة بکونها ناشئة عن التراضی و لکن

غلبة توصیف النکرة و منها التجارة فی الآیة یوجب کون الظرف قیدا لا خبرا بعد خبر.

ثم انه (ره) قد قرب شمول الآیة للعقد الفضولی بلحوق الإجازة به و ان مقتضی الآیة صحته حتی علی تقدیر کون القید قیدا غیر غالبی و ان له مفهوما کسائر القیود و وجه التقریب ان خطاب النهی متوجه الی الملاک و انهم قد نهوا عن یأکل بعضهم مال بعض آخر بالوجه الباطل بل یجوز التملک بتجارة الملاک الناشئة عن رضاهم و من الظاهر ان التجارة قبل اجازة المالک لا تکون تجارته بل یتم استنادها الیه بإجازتها فتکون تجارته عن رضاه کما لا یخفی.

و قد ذکر الیزدی (ره) الصحیح فی الجواب عن الاستدلال بالآیة علی بطلان بیع الفضولی هو کون خطاب النهی متوجه الی الملاک بالتقریب المزبور و الا فدعوی ان الاستثناء فیها منقطع فلا یدل علی الحصر غیر صحیحة لأن الاستثناء المنقطع فی نفسه مستحیل فإنه لا یصح ان یقال ما رأیت من العلماء أحدا إلا بطیخا و ما جائنی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۲

....

زید الا عمرو و من الظاهر انه لو کان إلا فی موارد الاستثناء المنقطع بمعنی (لکن) لصح کلا الاستعمالین و عدم صحتهما کاشف عن أن إلا فی جمیع موارد استعماله یستعمل فی الاستثناء.

غایة الأمر یکون المراد من المستثنی منه ما یعم الاستثناء ادعاء بان یراد فی قوله ما جائنی من العلماء الا خادمهم العلماء و من یتعلق بهم و علی ذلک ففی قوله سبحانه لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ لا یکون المستثنی منه شیئا من المذکورات فیها من الأکل و الأموال و الباطل بل المستثنی منه محذوف و هو بشیء من الأسباب و المعنی لا تأکلوا أموالکم بینکم بشیء من الأسباب فإنها باطلة الا ان یکون ذلک السبب تجارة عن تراض فقد حذف المستثنی منه و أقیم علته مقامه نظیر قوله سبحانه وَ مَنْ کَفَرَ فَإِنَّ اللّهَ غَنِیٌّ عَنِ الْعالَمِینَ و إِنْ یَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ.

(أقول) لا یقاس آیة النهی عن الأکل بشیء من الآیتین فی حذف الجزاء و قیام تعلیله مقامه فان المذکور فیهما لا یصلح ان یکون جزاء مترتبا علی الشرط الوارد فیهما و لکن الأمر فی آیة النهی عن الأکل لیس کذلک و لیس فیها تلک القرینة و لم یذکر فیها لا تأکلوا أموالکم بینکم فان أکلها باطل بل قوله سبحانه بالباطل فی نفسه ظاهر فی کونه متعلقا بالأکل الوارد علیه النهی و انه عنوان لسبب الأکل لظهور الباء فی السببیة فیکون المنهی عنه هو الأکل الخاص و هو الأکل بسبب الباطل فیکون التجارة عن تراض من الاستثناء المنقطع فإنه لو لا الاستثناء لما تدخل فی المستثنی منه.

و ما قیل فی وجه استحالة استثناء المنقطع و عدم کون الا بمعنی لکن و الاستشهاد بالمثالین المتقدمین غیر صحیح غایة الأمر ان لا یکون إلا فی موارد استثناء المنقطع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۳

[الاستدلال علی بطلان البیع فضولا]

و اما السنة (۱)

بمعنی لکن بل بمعنی الاستثناء و لو ادعاء و هذه الادعاء صحیحة فیما کان المستثنی مناسبا للمستثنی منه و لا یستلزم ان یکون المراد بالمستثنی منه معناه المجازی لیعم المستثنی فإذا قیل ما جائنی من العلماء الا خادمهم فالمستثنی مع المستثنی منه یعد فی العرف عائلة

و الأكل بالتجارة مع الأكل بالأسباب الباطلة يعد تملكا بالسبب و هكذا و هكذا فلاحظ و تدبر.

(۱) الروايات التى ذكرها فى المقام على طوائف:

الأولى- ما تضمن النهى عن بيع ما ليس عنده و فى النبوى المحكى فى اخبار العامة قوله صلى اللّه عليه و آله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك و فى رواية سليمان ابن صالح عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و رواية حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه فى مناهى النبى صلى اللّه عليه و آله قال و نهى عن بيع ما ليس عندك و عدم حضور المبيع عند البائع كناية عن عدم تمكنه على تسليمه لعدم ملكه حال البيع و ذلك للجزم بعدم اعتبار وجود المبيع فى مكان يكون البائع فيه حال البيع.

و على ذلك فتكون هذه مساوية للطائفة الثانية و هى- ما تضمن نفى البيع إلا إلا إذا تعلق بملكه كقوله فى النبوى الآخر لا بيع الا فيما يملك بعد قوله لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق الا فيما يملك و هذا كما يظهر من الروايات المتعددة «۱» إلغاء للبيع قبل الملك و إلغاء للطلاق قبل الزواج و العتق قبل الملك و لو بان يقول لو تزوجتك فأنت طلاق أو لو تملكتك فأنت حر.

الثالثة ما تضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك و فى التوقيع لا يجوز بيع ما ليس يملك

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۵) الباب (۱۲) أبواب مقدمات الطلاق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۰۴

....

و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (۱) و لكن لا يخفى ان ظاهره عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بايعه.

و اما انه لا يتم أيضا لمالكه بإجازته فلا تعرض له فى الصحيحة بقرينة الحكم فى ذيلها بوجوب البيع و لزومه فيما يملك فإن المقابلة المزبورة مقتضاها ان النفى و الإثبات بالإضافة إلى البائع فقط.

الرابعة صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام قال سئل رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأسنان يقولون هى من أرضنا فقال لا تشترها الا برضا أهلها «۱» و رواية الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان عجل اللّه تعالى فرجه الشريف الى ان قال فأجابه الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها أو بأمره أو رضى منه «۲» و الرواية مرفوعة لعدم ذكر الطبرسى سنده إلى الحميرى و المراد برضا المالك هو الرضا المحرز بإظهاره و الا فلا عبرة بالرضا المعلوم بغيره و لا يخرج العقد به عن الفضولية كما مر بيانه عند التعرض لقضية عروة البارقى و كذا الحال فى الرضا الوارد فى صحيحة محمد بن مسلم و اعتبار رضا أهل الأرض فى تلك الصحيحة باعتبار انهم ذوى اليد عليها.

و الحاصل مدلول الروايتين دخالة رضا المالك فى تمام البيع و الشراء و هذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به فان اجازة المالك إظهار لرضاه.

بالبيع و الشراء كما تقدم.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۲) أبواب عقد البيع الحديث (۱).

(۲) الوسائل الجزء ۱۲ الباب (۱) أبواب عقد البيع الحديث (۳- ۸- ۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۰۵

الظاهر من الموصول (۱).

الخامسة- روایة محمد بن القاسم الفضیل قال سألت أبا الحسن الأول علیه السلام عن رجل اشتری من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و کتب علیها کتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فیعطیها المال أم یمنعها قال قل له لیمنعها أشد المنع فإنها باعته ما لم تملکه «۱» و لا یخفی ضعف الروایة سندا لعدم ثبوت توثیق لأبی عبد اللّه البرقی مع انها لا ترتبط بصحة بیع الفضولی بلحوق الإجازة و عدمها فان مدلولها عدم جواز القبض و الإقباض للبائع غیر المالک و هذا أمر متسالم علیه بین القائلین بتمام بیع الفضولی بلحوق الإجازة به و بین المنکرین له.

(۱) المراد بما الموصولة فی قوله صلی اللّه علیه و آله العین الخارجی بقرینة ما ورد فی صحة بیع الکلی علی الذمة حالا أو سلما و لو مع عدم تملک شیء منه حال البیع و قد ورد فی بعض الروایات الرد علی العامة حیث انهم یجوزون بیع الکلی سلما و لا یجوزون بیع الکلی حالا من غیر ان یکون البائع مالکا له حال البیع کصحیحة عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرجل یشتری الطعام من الرجل لیس عنده فیشتری منه حالا قال لیس به بأس قال قلت انهم یفسدونه عندنا قال و أی شیء یقولون فی السلم قلت لا یرون به بأسا یقولون هذا إلی أجل فإذا کان الی غیر أجل و لیس عند صاحبه فلا یصلح فقال إذا لم یکن إلی أجل کان أجود «۲».

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب (۱) أبواب عقد البیع الحدیث (۳- ۸- ۲)

(۲) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷) من أبواب أحکام العقود الحدیث (۱) ص ۳۷۴.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۶

و من البیع البیع لنفسه (۱).

و هذا الرد منه علیه السّلام مبنی علی مسلک العامة من أخذهم فی الأحکام بالاستحسان و القیاس الی موارد النص و بما ان جواز السلم مورد النص عندهم و ان تسلیم المبیع منه یکون بعد مدة لا یعلم تمکن البائع فیه علیه فیکون بیع الکلی حالا مع إحراز التمکن علی تسلیمه اولی بالجواز.

و بعبارة أخری لو کان النهی عن بیع ما لیس عنده أو لیس ما یملکه مطلقا فلا بد من رفع الید عن إطلاقه و حمله علی صورة کون المبیع عینا خارجیا أو بنحو الکلی فی الخارج.

(لا یقال) هذه الروایات مع ضعف إسنادها معارضة بما دل علی جواز بیع الکلی علی الذمة حالا فتحمل علی رعایة التقیة لوقوعها مورد التکذیب.

(فإنه یقال) لیس فی الروایات المشار إلیها ما یدل علی تکذیب المنقول عن النبی صلّی اللّه علیه و آله بل مدلولها جواز بیع الکلی علی الذمة حالا أو سلما فتکون مقیدة للنهی المنقول و لا تصل النوبة مع الجمع العرفی بین المتعارضین الی طرح أحدهما أو حمله علی رعایة التقیة کما هو المقرر فی بحث التعارض.

(۱) و الوجه فی ظهوره فی ذلک هو السؤال الوارد فیه حیث سأل الحکیم النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الشیء ثم اشترائه و تسلیمه الی مشتریه.

و علی ذلک فالمحتمل فیه أحد أمرین: الأول- کون النهی إرشادا إلی فساد البیع الذی إنشائه البائع غیر المالک لنفسه و کونه لغوا لا یقع له و لا لمالکه حتی بالإجازة و یناسب ذلک للاستدلال به علی بطلان بیع الفضولی و عدم صحته بالإجازة الثانی- کون النهی إرشادا الی عدم وقوع البیع المنشأ عن بایعه الفضولی بل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۷

....

يعتبر فى وقوعه ان يبيعه بعد ان يملكه و هذا يناسب السؤال الوارد فيه و لا تعرض فيه لعدم وقوعه عن مالكه بإجازته و يرجع الى الاحتمال الثانى ما فى روايتى خالد و يحيى الآتيتين فى مسألة بيع الفضولى لنفسه أى مسألة وقوع بيع الفضولى لبائعه كما إذا باع ثم ملكه و أجاز حيث ان الخبرين يذكران فى تلك المسألة وجها سابعا من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع.

(لا يقال) خصوص المورد فى النبوى لا يكون موجبا لتخصيص عموم الجواب أو إطلاقه و ظاهر النهى عن بيع ما ليس عندك أو نفى البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لا عن بايعه الفضولى و لا عن مالكه و لو بإجازته.

(فإنه يقال) لو سلم هذا الإطلاق أو العموم لزم رفع اليد عنه بالأخبار الخاصة الواردة فى عقد الفضولى و الدالة على ان المعاملة الفضولية تتم للمالك مع أجازته و ليس المراد حمل إطلاق النهى أو عموم نفى البيع على ما ذكر بقرينة وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع فإن النهى أو النفى فى النبوى بالإضافة إلى دليل وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع خاص أو مقيد و من المقرر فى محله ان إطلاق المخصص أو المقيد يكون مقدما على عموم العام و إطلاق المطلق بل القرينة على حمل النبوى تلك الأخبار الخاصة الدالة على تمام بيع الفضولى لمالكه مع أجازته.

و ذكر المحقق الإيروانى فى تعليقته ان النسبة بين الطائفتين اى الاولى و الثانية و بين ما دل على تمام البيع فضولا بلحوق الإجازة به عموم من وجه فإن الطائفتين ظاهرتان فى فساد البيع لنفسه سواء اجازه المالك أولا فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه و عامتان بلحوق الإجازة به عدمه و ما دل على تمام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۰۸

و اما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا (۱).

و ان أبيت إلا عن ظهور الروايتين (۲).

بيع الفضولى بلحوق الإجازة به خاصة من جهة لحوق الإجازة به و عامة من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه أو لمالكه فيجتمعان فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه مع لحوق الإجازة به فمقتضى الطائفتين بطلانه و مقتضى ما ورد فى تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة صحته فيتساقطان.

أقول لا يخفى ان الكلام فى المقام فى المسألة الاولى من مسائل بيع الفضولى و هى ما إذا قصد الفضولى البيع عن مالكه مع لحوق الإجازة به و إذا كان ذلك محكوما بالصحة كما هو مقتضى كونه أحد موردى الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الإجازة به فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ما سيأتى مع انه بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يكون المرجع إطلاق حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقود.

أضف الى ذلك ان النبوى مفاده عدم وقوع البيع للبائع الأجنبى سواء اجازه المالك أم لا و اما وقوعه للمالك بإجازته سواء باع الفضولى لنفسه أو لمالكه فهو مفاد الروايات الخاصة الواردة فى تمام بيع الفضولى بإجازة المالك فلا تعارض بينها و بين النبوى أصلا حيث ان المنفى فى النبوى و هو وقوع البيع للبائع الفضولى لم يكن مورد الإثبات فى تلك الروايات أصلا.

(۱) المراد بهما روايتا خالد و يحيى.

(۲) المراد بهما مكاتبة الحميرى و صحيحة محمد بن مسلم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۰۹

و الجواب ان العقد (۱).

---

(۱) ذکر (ره) أولا- بأن إجراء العقد علی مال الغیر إذا لم یقصد ترتیب الأثر علیه بلا- اجازهٔ مالکه لا یکون تصرفا فی ذلک المال خارجا لیکون محرما تکلیفا و قد مر سابقا ان إجرائه لا یزید علی التکلم الذی لا یکون المتکلم متصرفا إلا فی لسانه.

نعم إذا کان البیع علهٔ تامهٔ لترتیب الأثر علیه کما فی بیع المالک أو الغاصب کان جواز العقد و حرمته تابعین لجواز ذلک الترتیب و حرمته.

أقول لا یکون بیع الغاصب أو المالک علهٔ تامهٔ أصلا فإن القبض و الإقباض أمر اختیاری للمتعاقدین قد یترتب علی البیع سواء کان صحیحا أو فاسدا و قد لا یترتب علیه و إذا کان ذلک القبض أو الإقباض تصرفا فی ملک الغیر فلا تکون حرمته موجبهٔ لحرمهٔ نفس العقد الذی لا- یخرج فی حقیقته عن التکلم بالألفاظ و قصد المعانی منها نعم إذا کان البیع بنحو المعاطاهٔ یکون نفس القبض أولا اقباض بقصد حصول البیع تصرفا فی ملک الغیر فیکون المحرم نفس القبض و الإقباض لا أحدهما بعنوان العقد کما لا یخفی.

و ذکر ثانیا انه لو فرض کون اجراء العقد علی مال الغیر تصرفا و لکنه من قبیل الاستضائهٔ بضوء الغیر و الاصطلاء بناره من قبیل التصرف الجائز عقلا.

(أقول) الاستضائهٔ و الاصطلاء من قبیل الانتفاع بمال الغیر الذی لا یکون فیه تصرف و هذا الانتفاع محکوم فی الشرع بالجواز لعدم الدلیل علی حرمته و مجرد اجراء العقد علی مال الغیر فضولا لا یکون من التصرف و لا من مجرد الانتفاع بمال الغیر کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۰

....

و ذکر ثالثا بأنه لا ملازمهٔ بین العقد فضولا و بین حرمته حتی ما لو قلنا بحرمهٔ التصرف و الانتفاع بمال الغیر فإنه قد یعلم من الخارج و بالقرائن رضاء المالک بإجراء العقد علی ماله و هذا لا یخرجه عن الفضولیهٔ کما مر فی التکلم فی قضیهٔ عروهٔ البارقی و علی ذلک فلا یمکن الحکم بفساد العقد فضولا فی کل مورد بدعوی انه محرم.

و ذکر رابعا انه علی تقدیر الملازمهٔ بین فضولیهٔ العقد و حرمته فلا- یمکن الحکم بفساده فإن النهی عن المعاملهٔ تکلیفا لا یقتضی فسادها.

و ذکر خامسا انه علی تقدیر استفادهٔ الفساد من الحرمهٔ فالمستفاد فساد العقد من ناحیهٔ البائع الفضولی بمعنی عدم کونه سببا مستقلا للنقل و الانتقال لا الفساد حتی من جههٔ مالکه و لو مع إجازته بأن یکون العقد جزء السبب فیتم بإجازهٔ المالک.

و بما ذکر ظهر انه لو کان قصد العاقد الفضولی ترتیب الأثر علی العقد و فرض سرایهٔ قبح هذا التجری إلی الفعل الخارجی یعنی العقد فلا یکون قبح ذلک العقد أو حرمته من جههٔ التجری مقتضیا لفساده الا بمعنی عدم کونه سببا تاما.

أقول: ما ذکروه- من ان حرمهٔ بیع الفضولی علی تقدیرها لا تلازم فسادها کما هو المقرر فی محله من ان النهی عن معاملهٔ تکلیفا لا تقتضی فسادها- صحیح و اما- ما افاده من انه علی تقدیر اقتضاء حرمتها فسادها لا یحکم ایضا بفساد العقد الفضولی و انه لا یتم بلحوق اجازهٔ المالک لان مقتضی حرمهٔ البیع فساده بمعنی عدم کونه سببا تاما فی حصول النقل و الانتقال و هذا مما یعترف به القائل بصحهٔ بیع الفضولی، فإنه یترتب عنده النقل و الانتقال علی البیع المزبور مع لحوق الإجازهٔ به- لا یمکن المساعدهٔ علیه فان تمام السبب للنقل و الانتقال لیس هو نفس العقد، بل هو مع رضا المالک،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۱

....

فتعلق النهى بنفس العقد فى مورد مقتضاه انه لا يتم السبب بالعقد المزبور و لو مع لحوق رضاء المالك به، و هذا هو المراد بفساد بيع الفضولى.

و عن النائينى (ره) ان النهى عن معاملة انما لا- تقتضى فسادها فيما إذا تعلق النهى بالسبب كما فى النهى عن البيع وقت النداء فان مبغوضيته الإتيان بالإيجاب و القبول بما هو مفوت لصلاة الجمعة لا يقتضى مبغوضية ملكية المتاع للمشترى بإزاء الثمن و اما إذا تعلق النهى بالمسبب كالنهى عن بيع السلاح من أعداء الدين و بيع المصحف من الكافر فمقتضى تعلق النهى بالمسبب عدم تمكن المكلف على إيجاده بالسبب و يعتبر فى صحة البيع سلطنة البائع على جعل ملكية المتاع للمشترى و عدم كونه محجورا فى هذا التصرف.

و لذا ذكر الفقهاء ببطلان الإجارة فى الواجبات المجانية فإن إيجاب الشارع العمل على المكلف يوجب عدم سلطنته على ذلك العمل و كونه محجورا بالإضافة اليه و كذا ذكروا بطلان بيع منذور الصدقة فإن إيجاب الوفاء بالنذر و التصدق بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطانا على التصرف و انتقاله إلى الآخر بالبيع و نحوه.

و الحاصل ان النهى عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك فى جعل ملكية المتاع للغير يوجب بطلان البيع.

(أقول) المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكية المتاع للمشترى و هذه الملكية أمر يعتبرها البائع و مبغوضيتها من المالك كما هو مدلول النهى عن المسبب لا ينافى إمضائها على تقدير حصولها.

و دعوى ان النهى يقتضى عدم تمكن المالك على إيجاده بالسبب فإن أريد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۲

....

عدم تمكنه حقيقة فبطلانه أوضح من ان يذكر.

و ان كان المراد عدم التمكن شرعا فلا معنى له الا مبغوضيته كما هو فرض حرمته تكليفا.

نعم إذا كان النهى وضعيا فمفاده عدم إمضاء المسبب و هذا خارج عن مورد الكلام.

و بالجملة النهى عن معاملة بمعنى النهى عن السبب أو المسبب لا يقتضى فسادها نعم إذا كان متعلق النهى التحريمى عملا يترتب على تمام البيع كحرمة القبض و الإقباض كما فى بيع السلاح لأعداء الدين، حيث ان إقباضه شوكة لهم على المسلمين فيمكن دعوى ان حرمة الإقباض تنافى صحة البيع المزبور، فإنه لا يمكن ان يعمه دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد فتأمل.

و اما مسئلة نذر التصدق بالمال فان وجوب الوفاء بالنذر و التصدق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر كما انه لا يوجبه النهى عن سائر التصرفات المنافية للتصدق به لأن الأمر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص.

و عليه فبيع المال المزبور و ان يلازم ترك الوفاء بالنذر الا ان البيع المزبور لم يتعلق به نهى فضلا عن كونه موجبا لفساده و المنسوب الى الفقهاء من التزامهم بفساد البيع المزبور خلافه محرز كما يظهر ذلك بالمراجعة إلى كلماتهم.

نعم إذا كان نذر الصدقة بمفاد نذر النتيجة لما صح بيع المال المنذور، لخروجه عن ملك الناذر بالنذر و دخوله فى ملك المنذور لهم.

و اما مسئلة الإجارة على الواجبات فقد ذكرنا فى ذلك البحث انه لا مانع من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۳

و ان الفضولى غير قاصد حقيقة (۱) ان يسبقه منع المالك (۲).

أخذ الأجرة على الواجب إلا إذا كان متعلق الوجوب الإتيان بالعمل مجانا بمعنى إلغاء المالية عن ذلك العمل فإنه مع الإلغاء لم يصح

أخذ الأجرة علیه حتی لو کان مستحبا فضلا عن کونه واجبا.

(۱) قد نسب هذا الوجه الی السید بحر العلوم ایضا و لعل مراده انه یعتبر فی صحة البیع إنشاء الملکیة حقیقة بان یری العاقد بنظره ملکیة المبیع للمشتری بإزاء الثمن، کما إذا کان العاقد مالکا أو وکیلا أو ولیا علی المالک و اما إذا کان العاقد فضولیا و یبیع المال للمالک متوقعا لإجازته کما هو الفرض فی المقام فلا ریب فی انه لا یری ملکیة المبیع للمشتری بإزاء الثمن فیکون کبیع الهازل فی کونه لغوا.

و الجواب انه ان أرید انه یعتبر فی صحة العقد ان یری العاقد ملکیة المبیع للمشتری بإزاء الثمن مطلقا فاعتبار ذلک فی حقیقة الإنشاء ممنوع فإنه کیف یعتبره ملکا للمشتری بإزاء الثمن و لو مع عدم قبول المشتری و ان أرید اعتبارها و لو معلقا فهو موجود فی العاقد الفضولی أیضا فإنه یری ملکیة المبیع للمشتری معلقا علی قبوله و اجازة المالک و مثل هذا التعلیق لا یضر بصحة البیع فإنه تعلیق علی ما یتوقف حصول البیع علیه کما لا یخفی.

(۲) المسئلة الثانیة ما إذا سبق منع المالک بیع الفضولی و عن فخر الدین ان هذا البیع ممنوع عند بعض من قال بتمام بیع الفضولی بلحوق اجازة المالک و یشیر الی ذلک کلام والده فی التذکرة حیث حمل النبوی (أیما عبد تزوج بغیر اذن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۴

....

مولاه فهو عاهر أی زان) بعد تضعیف سنده علی تزوجه بعد کراهة مولاه و منعه، و مقتضی إطلاقه عدم اعتبار لحوق الإجازة و رضا مولاه و إذا کان النکاح مع سبق المنع عنه کذلک یثبت هذا فی غیره ایضا حیث ان الفرق بین النکاح و غیره من هذه الجهة ضعیف و یظهر اعتبار عدم سبق منع المالک من المحقق الثانی أیضا حیث ذکر فی بطلان بیع الغاصب وجود القرینة العامة و هی الغصب علی عدم رضا المالک ببیعه.

و کیف کان و قد ذکر المصنف (ره) فی وجه عدم تمام هذا البیع بلحوق الإجازة أمرین: الأول- ان الدلیل علی صحة عقد الفضولی و تمامه بالإجازة روایة عروة البارقی و هی لا تشمل صورة سبق المنع.

أقول مقتضی ذلک ان یعتبر أیضا فی صحته بلحوق الإجازة رضا المالک به حال العقد واقعا کما هو المفروض فی قضیة عروة البارقی.

الثانی- ان بقاء النهی الی ما بعد البیع و عدم نسخة إلی حصوله بمنزلة رد البیع و فیه ان النهی السابق کاشف عن عدم رضا المالک بالعقد بمعنی کراهته له و سیأتی إنشاء اللّٰه تعالی ان مجرد عدم الرضا بالبیع و کراهته له لا یکفی فی رده بل لا بد فیه من إلغاء إنشائه حتی لا ینفع لحوق الإجازة به و استظهار کفایته من بعضهم فی مسئلة حلف الموکل بعدم اذنه للوکیل فی الشراء و بطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع لان بطلان الشراء انما هو فیما إذا کان للحلف ظهور فی إلغاء الموکل الشراء فعلا و الا فالشراء المزبور ایضا، قابل للحوق الإجازة.

و الحاصل ان ما دل علی تمام بیع الفضولی بلحوق الإجازة به فی المسألة الأولی جار مع مؤیداته فی هذه المسئلة ایضا و التفصیل بین المسئلتین بلا وجه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۵

مضافا الی ترک الاستفصال فی صحیحة محمد بن قیس (۱) الصریح فی منعه عما عداه (۲) کما هو مورد صحیحة الحلبی المتقدمة فی الإقالة بوضیعة (۳) و فحوی الصحة فی النکاح (۴)

---

(۱) حيث ان الوارد فيها ان وليـدتى باعها بغير اذنى و الدعوى المزبورة أى بيعها بغير اذنه يصدق مع النهى السابق عنه و بدونه و ترك الاستفصال فى الجواب مقتضاه، عـدم الفرق بين الصورتين و تمام البيع بلحوق الإجازة به، و لكن لا يخفى انه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليدة لكان الأنسب أن يذكره فى دعواه لا ان يدعى ان ابنه باعها بغير إذنه.

(۲) يعنى اشتراط رب المـال على العامـل صـريح فى منع العامل عن غير ما اشترط عليه كما لو اشترط عليه ان يشترى غير الحيوان فإنه صريح فى منعه عن شراء الحيوان

(۳) حيث كان المفروض فيها اقالة البائع مع جهله بفسادها و معه يكون بيعه المتاع المزبور من المشترى الآخر بقصد كون البيع له.

(۴) كان مراده ما ورد فى نكاح العبـد حيث يجعل نفسه فى إنشائه طرفا فى النكاح مع كونه فضوليا و لكن فيه ان الفضولية فى النكاح لعـدم رضا مولاه بالنكاح، و طرفا النكاح العبـد و المرأة و المولى خارج عن طرفيه، و انما يعتبر رضاه فى حصوله، و بعد الإجازة تثبت الزوجية المفروضة، بخلاف المقام، فإن الملكية المنشأة تكون للبائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۶

مع ظهور صحيحة محمد بن قيس (۱) لتوقع الإجازة (۲).

و هذا ليس بيعا (۳) مع اختصاصه ببيع الغاصب (۴)

الفضولى، و بعد الإجازة تثبت للمالك، فلا يستفاد صحة هذه من فحوى النكاح.

(۱) لم يظهر وجه ظهورهـا فى ان بيع الوليـدة فيهـا من ابن مولاهـا كان بـدعوى انها ملكه، بل من المحتمل كون بيعه بـدعوى الاذن و الوكالة من أبيه.

نعم لا بأس بالتمسك بإطلاقها بمعنى ترك الاستفصال فى الجواب.

(۲) متعلق ببيع الغاصب يعنى قـد يرضـى المالك ببيع الغاصب الـذى باع المال لرجاء ان يجيزه مالكه و يتملك ذلك المالك الثمن و هذا يتصور فى بعض صور الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان.

(۳) يعنى تمليك مال الغير للطرف مجانا، و تملك الثمن لنفسه من حقيقة البيع المفروض كونه نوعا من المعاوضة.

(۴) يعنى مـا ذكر من عـدم قصـد المعاوضـة حقيقـة يكون فى بيع الغـاصب، حيث مع علمه بـان المتـاع ملـك الغير لا يمكن له، إنشاء المعاوضة و القصد بتملك الثمن لنفسه و إعطاء مال الغير، بل يكون تمليكه المتاع من الهبة فضولا، و تملكه الثمن من المشترى تملكا مجانيا، و اما غير الغاصب كالجاهل بفساد الإقالة فى صحيحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۷

قصد المعاوضة الحقيقية مبنى (۱)

الحلبى المتقدمة فهو يقصد دخول الثمن فى ملك من يخرج المتاع عن ملكه، غاية الأمر يكون مشـتبها فى تعيين مالك المتاع، فيكون كما إذا باع الولى مال أحـد الطفلين باعتقاد انه للطفل الفلانى فبان بعـد ذلك انه كان للآخر منهما، فان مثل هـذا الاشـتباه لا يمنع عن قصد المعاوضة حقيقة.

(۱) يعنى كما ان فى مورد الاسـتعارة يكون اللفظ مسـتعملا فى معناه الحقيقى و يكون تطبيق ذلك المعنى بالعنايـة و الادعاء كـذلك فى مورد بيع الغاصب يكون إنشاء المعاوضـة و قصـدها بصـيغة بعت أو غيرها حقيقيا و يكون الغاصب قاصـدا دخول أحـد المالين فى مورد خروج الآخر الا ان هـذا الإنشاء منه بعـد تنزيل نفسه و اعتباره مالكا للمبيع، و هـذا التنزيل و النبأ هو المصحح لإنشاء المعاوضـة، حيث يكون إنشائها بعد البناء المزبور، كإنشاء المالك من غير فرق بينهما.

نعم لو باع مال غیره لنفسه من دون البناء علی کونه مالکا لم یحصل البیع لا له و لا للمالک حتی مع لحوق الإجازة و لـذا ذکروا انه لو اشتری بمـاله لغیره بـان یقصـد تملـک الغیر المبیع من بائعه بإزاء ثمن یـدفعه المشتری الی البائع بطل باعتبار ان مع القصـد کـذلک لا یتحقق المعاوضة.

و ربمـا ذکر بعض المحققین ان بیع الغـاصب مـال الغیر لنفسه عکس مـا ذکروه فیکون باطلا و لکن الأمر لیس کما ذکر فان عکسه ما إذا اعطی مال الغیر و یقصـد تملک الثمن من دون بناء أولا علی کونه مالک المبیع فان هذا لا ینفعه الإجازة بخلاف صورة البناء علی ملک المبیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۸

لان المفروض (۱)

---

(۱) هـذا تعلیـل لعـدم کون بیع الغـاصب عکسـا لما ذکروه و بیانه ان عکس ما ذکروه هو بیع مال الغیر لنفسه بلا تنزیل نفسه أو اعتبار کونه مالکـا للمبیع، بـان یقصـد خروج المبیع عن ملـک آخر و دخول الثمن فی ملک نفسه و هـذا محکوم بالبطلان، و لا ینفعه اجازة المالک و لو فرض صـحته بإجازته فرضا، یکون الثمن فیه ملکا للبائع لا المالک، کما انه لو فرض صـحة شـراء المال للغیر بمال نفسـه کـان المال للغیر، مع ان الکلام فی بیع الغاصب فی وقوع البیع للمالک مع أجازته، فلا بـد من ان لا یکون المفروض فی المقام عکس المسئلة المذکورة.

أقول قد یورد علی ما افاده المصـنف (ره) کما عن المحقق الإیروانی من ان المعاوضة المنشأة إذا کانت مبنیة علی الادعاء و التنزیل لا تکون المعاوضة حقیقة و خطاب حل البیع أو وجوب الوفاء بالعقد ناظر الی ما کان بیعا حقیقة و عقدا واقعیا و بتعبیر آخر بناء الغاصب علی تملک المتاع الذی باعه اما واسطة فی العروض بان یبیع المتاع لعنوان مالکه و ادعی انطباق ذلک العنوان علی نفسه.

و هذا خلاف الوجدان، لما سـیأتی من ان المتاع ملک للشـخص، لا للعنوان، و لا یحصل الإنشاء علی العنوان المزبور، و اما واسطة فی الثبوت بان یبیع المتاع لنفسه بـدعوی انه مالک و یرد علیه ان هـذا بیع صوری و فی الحقیقـة یخرج المتاع عن ملک مالکه و قد قصـد دخول العوض فی ملک الغاصب، فیرجع المنشأ الی تملیکین مجانیین فلا یعمه خطاب حل البیع و لا خطاب وجوب الوفاء بالعقـد، ای العقد البیعی.

و لکن لا یخفی ما فی الإیراد فإن بناء الفضولی علی تملک المتاع لا واسطة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۹

....

العروض و لاـ واسطة فی الثبوت و ذلـک فـان دخول العوض فی ملـک معطی المعوض من لوازم الـبیع و مقتضـاه و لیس بـداخل فی حقیقـة البیع حیث ان البیع عبـارة عن تملیـک المـال بـالعوض و إذا قصـد خلاف مقتضـی البیع بان یکون معطی المعوض هو زیـد، و یـدخل العوض فی ملـک عمرو، فلاـ یتمشـی من العاقـد مع هـذا القصـد إنشـاء البیع نظیر مـا ذکروه فی اعتبار ان لا یکون الشـرط فی المعاملة علی خلاف مقتضـی العقد حیث مع کونه مخالفا لمقتضاه یبطل الشـرط بل العقد و ذلک فإنه إذا باع المتاع من الآخر مثلا و اشترط علیه ان لا یکون له حق المطالبة بالمبیع و التصـرف فیه أصـلا فإن حق المطالبة بالمبیع و التصـرف فیه و ان لا یدخل فی مدلول البیع الا ان البناء علی عـدم حق المشتری فی مطالبته بالمبیع و التصـرف فیه الی الأبـد، لا یجتمع مع قصـد تملیک المتاع منه، فان جعل ملکیته له مع القصد المزبور بلا معنی.

و علی ذلـک فـان بـاع الفضولی المتـاع من زیـد بقصـد ان یتملک الثمن من زیـد بلا بناء علی تملک المتاع أولا، فلا یکون فی البین

إنشاء البیع حقیقة، حیث ان مع قصد خلاف مقتضی البیع، لا یحصل قصد البیع، بخلاف ما إذا قصد تملک المتاع و یأخذ ثمنه فان مع البناء المزبور، یمکن إنشاء البیع، و الحاصل ان البناء المزبور أمر زائد علی مدلول البیع و لکن قصد خلافه لا یجتمع مع إنشاء البیع.

ثم ان تملک الغاصب المتاع و الثمن أمر لا یمضه الشرع فإن أجاز المالک البیع المنشأ من الغاصب یترتب علیه مقتضاه الواقعی و هو دخول الثمن فی ملک مالک المتاع نظیر بیع المتاع فی الإقالة الفاسدة کما هو مورد صحیحة الحلبی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۲۰

....

المتقدمة فإن بناء البائع علی کونه مالکا للمتاع و الثمن المأخوذ من المشتری الثانی غیر ممضی شرعا فیترتب علی إجازة المشتری الأول البیع المزبور مقتضاه الشرعی و هو دخول الثمن فی ملکه لأنه یعطی المعوض کما لا یخفی.

ثم انه ربما یذکر انه لا- یعتبر فی البیع دخول العوض فی ملک من یخرج منه المعوض و ما ذکره العلامة (ره) من ان مقتضی البیع دخول الثمن فی ملک من یخرج منه المثمن غیر صحیح بل حقیقة البیع لیس إلا- الإعطاء اللامجان و لو اعطی زید المتاع للمشتری لیدخل الثمن فی ملک شخص ثالث صح البیع و لذا یصح بیع الکلی علی الذمة سلما أو حالا مع عدم کون ذلک الکلی ملکا للبائع و کذا یصح بیع الأوقاف و الزکوات و أمثال ذلک.

ثم ذکر هذا القائل الجلیل انه إذا باع السارق متاع الغیر من دون بناء علی کونه مالکا لذلک المتاع بثمن یتملکه و اجازة المالک، وقع البیع للمالک و یدخل الثمن فی ملکه، و مجرد اقتران البیع بقصد لغو لا یمنع عن الصحة.

أقول اما جواز بیع الکلی علی الذمة فلا شهادة فیه علی انه لا یکون البیع هو التملیک بعوض و انه لیس مقتضاه دخول الثمن فی ملک من یعطی المعوض للمشتری و انما یکون شاهدا علی انه لیس البیع فی حقیقته إنشاء المعاوضة و المبادلة بأن یعتبر فی البیع کون المبیع ملکا لبائعه و لکن لا شهادة فی بیع الزکوات و الأوقاف أصلا فان فی بیع الزکاة أو الوقف العام بل الخاص ایضا یدخل العوض فی ملک من یخرج عن ملکه المعوض و لو کان المخرج عن ملکه هو الجامع المنطبق علی کل من الأصناف الثمانیة أو العنوان العام أو الأشخاص المعبر عنها بالموقوف علیهم فی الوقف العام أو الخاص.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۲۱

کان منافیا لصحة العقد (۱).

و اما ما ذکر أخیرا من انه لو أجاز المالک البیع فیما إذا قصد السارق تملک الثمن لنفسه من دون بناء منه علی تملک المثمن صح البیع و مجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا یمنع عن الصحة، ففیه انه قد تقدم ان البناء علی کون المتاع مال الغیر و القصد الی تملک الثمن من المعطی له لا یجتمع مع قصد إنشاء البیع فکیف یتم بإجازة المالک.

و اما ما هو المتعارف من ان المشتری یقول لمالک المتاع سلمه الی فلان بهذا الثمن فهو من الحقیقة توکیل للبائع فی تملیک المتاع الی ذلک الشخص بعد دخوله فی ملک المشتری، و کذا الحال فیما إذا قال للغیر اشتر بمالی هذا کتابا لنفسک، فإنه أیضا فی الحقیقة توکیل للعاقد فی تملیک المبیع لنفسه بعد الاشتراء أو تملیک ذلک المال منه علی ان یصرفه فی شراء الکتاب.

(۱) یعنی إجازة ما قصده الفضولی تکون منافیة لصحة العقد لان معنی صحة العقد بالإجازة وقوع المعاملة للمالک بدخول الثمن فی ملکه، و عقد الفضولی مدلوله دخول الثمن فی ملک الفضولی لا المالک، و ان فرض تعلق الإجازة بغیر المقصود، بان یکون مقتضی الإجازة دخول الثمن فی ملک المالک لا الفضولی، فلازمه کون الإجازة عقدا مستأنفا، لا إمضاء للعقد المنشأ سابقا، حیث ان دخول الثمن فی ملک المالک لم ینشأ لا أصالة و لا فضولا.

و أجاب عن الاشكال المحقق القمى فى أجوبة بعض مسائله ان اجازة المالك فى هذه الصورة تكون مصححة للعقد السابق و لا تكون مجرد إمضاء لمضمونه كما فى المسئلتين الاولى و الثانية و التصحيح هو صرف البيع عن الفضولى و إضافته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۲

فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجيز (۱).

إلى المالك نظير ما فى مسئلة من باع شيئا ثم ملك فإنه كما تكون الإجازة فى تلك المسئلة صرفا للبيع المزبور عن مالكه السابق الى العاقد، كذلك فى هذه المسئلة تكون، صرفا لمضمون العقد عن العاقد فضولا و اضافة له الى المالك.

و هذا التصحيح كما صرح المحقق المزبور فى موضع آخر فى حقيقته، عبارة عن إنشاء تبديل فى مضمون العقد، و لذا أورد عليه المصنف ان لازم ذلك ان تكون اجازة المالك عقدا مستأنفا يتضمن الإيجاب و القبول لا إيجابا مستأنفا لينضم الى القبول السابق فيلتئم العقد ليمكن احتماله كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه، و ذلك فان قبول العقد السابق انما يتضمن تملك المبيع من العاقد و تمليك الثمن إياه و هذا القبول كما ترى لا يتضمن تملك المبيع من المالك و تمليك الثمن منه ليكون اجازة المالك، إيجابا متأخرا للقبول المتقدم، و كون الإجازة بمنزلة العقد المستأنف و قيامها مقام الإيجاب و القبول، خلاف الإجماع و خلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب و منه العقد الا باجزائه و هى فى المقام الإيجاب و القبول المفروض كون أحدهما فعلا للبائع و الآخر للمشترى.

(۱) و حاصله ان ما قصده الفضولى أمران: أحدهما- إنشاء البيع و حقيقته تمليك المال بعوض لا مجانا و مقتضى ذلك ان يكون الثمن داخلا فى ملك من يعطى منه المبيع و ثانيهما- دخول الثمن فى ملك العاقد الفضولى سواء كان غاصبا أو معتقدا بكونه مالكا للمبيع خطاء و قصد الأمر الثانى لا ينافى الأول حيث ان قصد المعاوضة كما تقدم لا يجتمع مع قصد دخول الثمن فى ملك العاقد فيما إذا لم يكن العاقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۳

....

بانيا على كونه مالكا للمبيع عدوانا أو اعتقادا، و اما مع البناء أو الاعتقاد، فلا ينافى إنشاء المعاوضة، و اجازة المالك انما تتعلق بالأمر الأول دون الثانى و إذا تمت المعاوضة بإجازة المالك، يترتب مقتضاها الواقعى، لا الادعائى و لا الاعتقادى كما لا يخفى.

و لكن هذا الجواب يجرى فى خصوص ما إذا قصد الفضولى فيه أمرين و اما إذا كان المنشأ المقصود واحدا و هو تملكه الثمن بإزاء المال المفروض كونه للغير أو قال المشترى الفضولى للبائع الأصيل تملكت منك الثوب بهذه الدراهم مثلا فقال البائع ملكتك أو قال البائع ابتداء ملكتك الثوب بهذه الدراهم فقال المشترى تملكت فالمنشأ فى هذه الصورة أمر واحد و هو تملك الفضولى و هذا لا يصح للمالك بإجازته.

و أجاب (ره) عن ذلك بان إنشاء تملك الثوب لنفسه انما هو باعتبار كونه مالكا للدراهم اعتقادا أو بناء و الا لم يثبت عنوان البيع و المعاوضة.

و بتعبير آخر كونه مالكا للدراهم جهة تقييدية فى تملكه الثوب فيكون تمليك الثوب بعنوان كونه مالكا للدراهم فى الحقيقة تمليكا لعنوان مالك الدراهم حيث ان الثابت لشىء من جهة تقييدية ثابت لنفس تلك الجهة، و على ذلك فتتم المعاملة لمالك الدراهم بإجازته.

أقول إنشاء الملك لعنوان مالك الثمن و لو كان عنوانه جهة تقييدية قابل للمنع فإنه لا ينشأ فى البيع المزبور الملكية إلا للأشخاص لا للعنوان الطبيعى ليقال بانطباقه على مصداقه الواقعى، و ان شئت قلت كل من المالين فى الفرض ملك للشخص، لا الكلى و العنوان،

فلا بد من ان يجعل الملكية للشخص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۴

....

و المتعين فى الجواب ان يقال ان إنشاء المشترى الفضولى تملك الثوب مثلا بالدراهم المفروضة، ملازم لإنشاء البيع بين الثوب و الدراهم، و هذه المعاوضة المستفادة من إنشاء تملكه، مورد لإمضاء المالك.

و الحاصل انه لا فرق بين كون المنشأ ابتداء هى المعاوضة بين المالين و يستفاد قصد الفضولى من القرينة كما فى قول البائع الغاصب للمشترى بعت هذا المال بكذا و بين ان يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الأصيل و يستفاد إنشاء المعاوضة بالتبع كما فى قول المشترى الغاصب تملكت الثوب بهذه الدراهم.

بقى فى المقام أمر لا بأس بالتعرض له و هو انه قد يقال ان البيع فى حقيقته فعل البائع و ركنه الوحيد هو الإيجاب المتضمن لتمليك المال بعوض و اما القبول فلا يكون ركنا للبيع و لا العقد بل إمضاء لإيجاب البائع و تمليكه المال بعوض و بتعبير آخر الإيجاب من المالك يتضمن التمليك بعوض و يكون أصليا بالإضافة الى مال المالك و فضوليا بالإضافة إلى المشترى فقبول المشترى إجازة للإيجاب بالإضافة إلى الثمن.

و لذا لو لم يكن الإيجاب فضوليا من ناحيتى الثمن و المثمن فلا يحتاج الى القبول أصلا كما إذا باع الولى على الطفلين مال أحدهما بمال الآخر فإنه حيث لا فضولية فى الإيجاب أصلا فلا يحتاج الى القبول الذى فى حقيقته اجازة للإيجاب.

و على ذلك فإذا اشترى الأصيل مال الغير بثمن و قال تملكت المال بكذا فهذا فى الحقيقة إيجاب و اجازة المالك بعد ذلك، قبول لذلك الإيجاب، و اما إنشاء الفضولى قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۵

....

ذلك و قوله: بعت المال بكذا فهو أمر لغو لا يكون إيجابا و لا قبولا و المتحصل من هذا الكلام أمران أحدهما ان البيع فعل البائع فقط و حقيقته الإيجاب المتضمن لتمليك المال أو تملكه بعوض و اما القبول فهو إجازة للإيجاب فلا يحتاج اليه الا إذا كان الإيجاب فضوليا من ناحية الثمن أو المثمن و الثانى انه لا يعتبر الموالاة بين الإيجاب و القبول فاجازة المالك المجيز يعتبر قبولا لإيجاب الأصيل الذى يكون فضوليا من جهة الثمن أو المثمن فيكون الإيجاب المزبور أصليا من جهة كلا العوضين فيعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء.

أقول لا ينبغى الريب فى انه لا يصدق عنوان البيع على الإيجاب و لو مع عدم حصول القبول من المشترى فلا يقال لزيد انه باع داره ما لم يحصل القبول من المشترى و لا بعد فى ان يكون صدق عنوان على فعل شخص موقوفا على صدور فعل عن شخص آخر و نظير ذلك فى غير المعاملات ما ذكرناه فى عنوان غيبة المؤمن فإن غيبته عبارة عن كشف ما ستره اللّه عليه للناس و إذا لم يكن للمخبر عن سوء المؤمن مستمع لا يحصل عنوان كشف عيوبه و لكن الكشف عند وجود المستمع يستند إلى القائل و يطلق عليه المغتاب بالكسر.

و الحاصل انه بعد حصول الشراء من المشترى يطلق عنوان البيع على إيجاب الموجب و يقال انه باع داره أو غيرها من أمواله.

ثم ان تمييز فعل البائع عن فعل المشترى يكون بالعرف فإنه ليس للشراء حقيقة غير ما عند العقلاء و لا ينبغى الريب فى ان الاشتراء عندهم الذى يحصل بالقبول ليس بمعنى اجازة الإيجاب فان اجازة الإيجاب فى مقابل رده يقوم مقام الاذن فى الإيجاب و لذا يحصل اجازة الإيجاب و رده فى مورد لم يكن للموجب فيه سلطنة على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۶

....

الإيجاب فمفاد القبول عندهم المصحح لإطلاق عنوان الاشتراء عليه فى باب البيع عبارة عن إنشاء تملك المثمن بإزاء الثمن الا ترى انه لم يعهد من أحد القول بان انتقال الثمن الى ملك البائع و انتقال المثمن الى ملك المشترى يحصل من حين تمام الإيجاب بل كلهم متفقون على ان حصول النقل و الانتقال بعد تمام القبول.

و قد ذكرنا ان الأمر كذلك حتى فى نظر المتعاقدين حيث ان الموجب يجعل ملكية متاعه للطرف من حين إنشاء الطرف تملكه و لكن المشهور فى بيع الفضولى يلتزمون بالكشف و ان مبدء النقل و الانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين حصول الإجازة على ما سيأتى و لو كانت الإجازة من المالك الفضولى مساويا للقبول من المشترى فى المفاد لما أمكن ذلك الا بالتعبد.

و الحاصل ان الناظر فى المعاملات الدارجة بين العقلاء يمكن له الجزم بان اعتبار القبول فى المعاملات ليس باعتبار انه اجازة لجهة فضولية فى الإيجاب، الا ترى الهبة و هو تمليك المال للغير مجانا يحتاج الى القبول مع انه ليس فى الهبة تصرف فى مال الغير أصلا.

و قد ظهر مما ذكر انه لا يمكن حصول البيع بالإيجاب فقط حتى فيما كان الموجب وكيلا أو وليا بالإضافة إلى مالك المثمن و مالك الثمن، فان قوله بعت هذا بكذا إنشاء لتمليك المال بالعوض و ذكرنا ان مجرد ذلك لا يكون بيعا بل لا بد فى صدق عنوانه من إنشاء تملك المتاع بالثمن، و هذا الإنشاء لم يحصل من الوكيل أو الولى على الفرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۷

مع انه ربما يلتزم صحة أن تكون الإجازة لعقد الفضولى (۱)

---

(۱) كان الكلام فى المسئلة الى هنا مبنيا على ان صحة العقد بإجازة المالك مقتضاها وقوع المعاملة له بان يكون الثمن مثلا داخلا فى ملكه بإجازته و قد نوقش فى ذلك كما مر بأن الصحة بهذا المعنى مخالف لمضمون العقد، حيث ان مضمونه راجع الى تملك العاقد فضولا- كما هو مقتضى بيعه لنفسه، و إرجاعه إلى المالك بإجازته التزام بكون الإجازة عقدا مستأنفا، لا انها إمضاء لمضمون العقد السابق.

و الكلام فعلا- راجع الى ان صحة عقد الفضولى يمكن ان تكون على طبق مضمون العقد بان تكون اجازة المالك موجبة لوقوع المعاملة و تمامها للعاقد.

و تقرير ذلك بوجهين:- أحدهما- ان العاقد الفضولى يعتبر المال ملكا لنفسه أولا ليكون بيعه باعتبار ذلك موجبا لدخول العوض فى ملكه، و كما ان الاذن فى هذا النحو من البيع فى الحقيقة، توكيل له فى تملكه المال أولا ثم بيعه ليدخل العوض فى ملك المأذون بأن يقول له بع مالى لنفسك أو اشتر لنفسك بمالى كذلك الحال فى الإجازة حيث ان الإجازة، تفيد فائدة الإذن السابق.

و الوجه الثانى المنع عن كون لازم المعاوضة دخول أحد المالين فى ملك من يخرج المال الآخر عن ملكه بل يكفى فى تملك الثمن كون العاقد مأذونا فى بيع مال الغير لنفسه كما يكفى فى تملك المبيع كونه مأذونا فى الشراء لنفسه بمال الغير و الفرق بين الوجهين انه لو فرض فسخ البيع بأحد موجباته يرجع المال الى مالكه المجيز على الوجه الثانى لعدم صيرورته ملك العاقد قبل البيع بخلاف الوجه الأول،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۸

و يملك المثمن المشترى (۱).

التزام تملك البائع الغاصب للثمن مطلقا (۲).

فإنه علیه، یرجع المال الی العاقد، باعتبار انه کان مالا له قبل المعاوضة.

و أورد المصنف (ره) علی الوجه الأول بأن بناء العاقد و قصده تملک المال قبل بیعه، لا یفید شیئا و لا یدخل بذلک المال فی ملکه حتی فیما إذا کان باذن المالک فإنه لا بد فی تملک المال من إنشاء تملکه قولا أو فعلا و لو بمثل ما إذا أنشأ ذلک بقوله بعت هذا المال لنفسی بکذا بان قصد به جعل المال له أولا ثم تملیکه للآخر و لکن المفروض فی مثل الغاصب انه یعتبر المال ملکا قبل بیعه و یکون بیعه مجرد التصرف فی ماله.

و بالجملة فالإذن السابق لا یفید فی هذا النحو من التملک الذی یکون بمجرد البناء و القصد فکیف إذا کان بالإجازة اللاحقة.

و بهذا یظهر الحال فی مسئلة ما إذا قال له بع مالی لنفسک أو اشتر لنفسک بمالی فإنه إذا حصل من المأذون إنشاء تملک المال لنفسه و لو مقارنا للتصرف فیه ببیعه من الغیر فهو و الا فلا یفید الاذن المزبور شیئا و یکون بیعه واقعا عن المالک لا محالة.

و أجاب (ره) عن الوجه الثانی بما تقدم من انه لا یمکن فی المعاوضة دخول أحد العوضین فی ملک من لا یخرج المال الآخر عن ملکه و الا کان تملیک کل من المالین مجانیا.

(۱) المشتری بصیغة المفعول صفة للمثمن.

(۲) المراد بالإطلاق تملک الغاصب الثمن من الأول فی مقابل تملکه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۲۹

یظهر اندفاع اشکال آخر (۱)

آنا ما قبل التصرف فیه.

(۱) لا- یخفی ان هذا الاشکال لا یدفع بالالتزام بجعل ملک العوضین لعنوان مالک الثمن و المثمن بل یجری حتی بناء علی الالتزام المزبور، فان حاصل الاشکال انه فی مورد بیع البائع الفضولی المال لنفسه و قبض الثمن من المشتری العالم بالحال لا یمکن ان تکون اجازة المالک نافذة لاستلزام نفوذها کون البیع بلا ثمن.

و بیان ذلک انه قد أورد علی صحة البیع فی المسئلة الثالثة بإجازة المالک بوجه آخر و هو ان المنسوب إلی الأصحاب عدم جواز رجوع المشتری الأصیل إلی البائع الغاصب بالثمن المدفوع الیه مع العلم بالحال فیما إذا رد مالک المبیع البیع المزبور و هذا الحکم، کاشف عن صیرورة الثمن ملکا للغاصب.

و علی ذلک فاجازة المالک لا تفید شیئا و لا یدخل الثمن فی ملکه، لان البیع فی الفرض بلا ثمن، و لعل نظر العلامة (ره) الی ذلک، حیث قال بعد الإشکال فی صحة الفضولی مع جهل المشتری (ان الحکم فی الغاصب مع علم المشتری أشکل) و أجاب المصنف (ره) عن ذلک بما توضیحه ان ملک الثمن للغاصب لا- یحصل بمجرد العقد بل بالعقد یجعل ملک الثمن لمالک المبیع و ملک المبیع لمالک الثمن غایة الأمر یکون المشتری العالم بالحال دفعه الثمن الی الغاصب تسلیطا للغاصب علی الثمن مجانا فان اجازه المالک البیع و قلنا بکون الإجازة کاشفة یکون الثمن المزبور ملکا للمالک دون الغاصب لأن الإجازة تکشف عن دخول الثمن فی ملک المالک المجیز قبل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳۰

....

دفعه الی الغاصب فیکون دفعه الی الغاصب تسلیطا للغاصب علی مال غیره فلا یدخل فی ملک الغاصب.

و الشاهد على ذلك أى تسليط الغاصب على الثمن يكون بالدفع دون العقد انه لو لم يدفع الثمن الى الغاصب لا يكون للغاصب انتزاعه سواء أجاز المالك البيع المزبور أم لا.

نعم للإشكال وجه بناء على كون الإجازة ناقلة و لكن يمكن القول ان تسليط الغاصب على الثمن، يكون مراعى بعدم اجازة المالك خصوصا إذا كان الشراء من الغاصب بتوقع اجازة المالك.

أقول لا يخفى انه لو كان المراد بالتسليط هو تمليك المال مجانا فكونه مراعى بعدم الإجازة يوجب بطلانه لانه من التعليق فى الهبة فلا بد من ان يكون المراد منه هو الاذن فى كل تصرف حتى الموقوف على الملك بان يتملك المال أولا ثم يتصرف فيه و ان بطلان تسليط المشترى الغاصب على الثمن، يبتنى على الكشف الحقيقى فى الإجازة، و لو بان يكون الشرط فى صحة عقد الفضولى وصف تعقبه بالإجازة فإن هذا الوصف يحصل للعقد من الأول على تقدير الإجازة، فيكون الثمن منتقلا فى علم اللّه الى المالك المجيز من حين إنشاء عقد الفضولى، فتسليط المشترى الغاصب على الثمن المزبور يكون فى الواقع تسليطا على مال الغير، فلا يصح.

نعم على القول بالكشف الحكمى و اعتبار ملكية المثمن و الثمن لطرفى العقد حين الإجازة من زمان العقد يكون التسليط المزبور حينه نافذا لكون الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۱

الكلام فى صحة بيع الفضولى (۱) إذ المال مردد فى باب الفضولى بين مالكه الأصلى و من وقع له العقد (۲)

تبریزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۲، ص: ۳۳۱

ملكا للمشترى فى ذلك الحين و بعد حصول الإجازة يعتبر التسليط المزبور إتلافا على المالك المجيز، فيضمن له المشترى بدله على ما سيأتى.

هذا مع ان أصل دعوى تسليط المشترى الغاصب على الثمن مجانا غير صحيح لان دفعه اليه كان بعنوان كونه بدل المثمن، و كما ان الغاصب كان بانيا على ملك المبيع و قد قصد تملك الثمن بإزائه كذلك يكون المشترى أيضا بانيا عليه و لذا قد دفع الثمن إلى البائع المزبور، فأين التسليط أو التمليك المجانى.

(۱) ذكر فى الرياض ان بيع الفضولى لنفسه باطل إجماعا كما صرح به جماعة كالعلامة فى جملة من كتبه كالمختلف و التذكرة مدعيا عدم الخلاف فيه و ذكر المصنف (ره) ان الحكم بالبطلان فى المسئلة الثالثة فى الرياض و نسبة دعوى عدم الخلاف فيه الى العلامة اشتباه و ذلك فان الكلام فى المسئلة الثالثة فى وقوع البيع لمالك المال مع أجازته و قد تقدم ان البيع مع أجازته يقع له على المشهور الأقوى و لم يخالف فيه العلامة فضلا عن ذكره عدم الخلاف فى بطلانه.

و اما فيما إذا باع مال الغير ثم تملك البائع ذلك المال و أجاز بيعه السابق فهذا باطل لا يقع للبائع و هذا هو الذى ذكر العلامة عدم الخلاف فى بطلانه، و لا يرتبط بالمسئلة الثالثة، فما ذكر فى الرياض اشتباه الا ان يريد البطلان فى مسئلة وقوع البيع للبائع بعد تملكه، و لكن ظاهر عبارته لا يساعد على ذلك.

(۲) المراد بمالكه الأصلى الذى ينتقل منه المال بتمام العقد كما ان المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۲

....

بمن وقع له العقد من ينتقل اليه المال بتمامه و لا فرق فيما ذكر من وقوع العقد عن المالك المجيز بإجازته و بطلانه مع رده بين كون المال المزبور ملكا قبل عقد الفضولى كما فى مورد جريان البيع على العين الخارجية أو الكلى الثابت على الذمة من قبل أو ملكا بذلك العقد كما فى مورد بيع الكلى الذى يثبت على الذمة بتمام البيع المزبور.

نعم قد يستشكل فى جريان الفضولية فى الكلى الذى يثبت على العهدة بالبيع و وجه الاشكال ان العوضين فى باب البيع يعتبر ان يكونا مالين قبل وقوع المعاملة حيث انه تمليك مال بعوض و إذا باع الأصيل الكلى بذمته يكون عرضه الكلى المزبور للبيع موجبا لصيرورته مالا فإنه يبذل العقلاء بإزائه المال، فيقع البيع على ما صار مالا بعرضه للبيع، بخلاف ما إذا كان البائع فضوليا و اعتبر الكلى على عهدة الغير فضولا، فإنه لا يكون الكلى بذلك مالا، فلا يكون تمليكه بعوض من تمليك المال بالعوض.

و ربما يجاب عن ذلك بان تمليك الفضولى الكلى على عهدة الغير و ان لا يكون من قبيل تمليك المال بالعوض قبل اجازة ذلك الغير الا انه بإجازته يصير مالا، و هذا المقدار يكفى فى تمام البيع و قد أورد على هذا الجواب بعض الأعاظم و هو الخمينى العزيز (دامت شوكته) بان اجازة المالك لا يصحح كون الكلى المزبور مالا لأن الإجازة إنشاء واحد و صيرورة الكلى مالا و تمليكه بعوض أمران مترتبان حيث يتعين ان يكون المثمن و الثمن مالين قبل إنشاء ملكية الأول بإزاء الثانى.

و ذكر ان المتعين فى الجواب عن الاشكال هو الالتزام بأن الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمة أحد فى نفسه مال فإنه يصح ان يقال ان الكر من الحنطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۳

....

يساوى عشرين دينارا و المثقال من الذهب يساوى كذا من المال، و هذا شاهد لكون الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمة الأصيل أو الأجنبى فى نفسه مال يصح تقويمه و يكون تمليكه بعوض من تمليك المال بالعوض و الا فالإضافة لا توجب المالية، بل اعتباره فى الذمة يوجب سلب ماليته، فإنه بالاعتبار فى الذمة يكون من الكلى العقلى الذى لا موطن له فى الخارج.

(أقول) لا يخفى ان اضافة الكلى إلى ذمة أحد ليس بمعنى تقييد الكلى الطبيعى الذى يصح اتصافه بالوجود و العدم بوجوده الذهنى ليقال انه بهذا الاعتبار كلى عقلى لا موطن له فى الخارج الا ترى ان الثمن فى بيع النسيئة أو البدل فى مورد القرض كلى بالذمة من غير خلاف و ان إعطاء الفرد منه للبائع أو الدائن خارجا بقصد إفراغ ذمته أداء لذلك الثمن وفاء للدين الذى على عهدته و لو كان المال على الذمة معناه تقييده بالوجود الذهنى لما كان ما ذكر أداء و وفاء حيث انه لا موطن للموجود الذهنى الا الذهن بل المراد من الذمة هو تعهد الشخص بذلك الكلى بأن يطبقه على الخارج بأداء فرده و لو لم يكن لفرده وجود فعلا، و هذا فى مقابل اجراء المعاملة على الكلى فى المعين، بان يكون مورد المعاملة الكلى الذى يصلح تطبيقه على أحد الأفراد المعينة المملوكة فعلا لبائعه.

ثم ان الكلى القابل للاتصاف بالوجود و العدم لا يكون مالا حيث لا يساوى مالا فى اعتبار العقلاء بل اتصافه بالمالية الفعلية و تساويه بالمال على تقدير الوجود فعلا- كما هو الحال فى بيع الفرد الفعلى أو الكلى فى المعين أو على تقدير الالتزام بإعطائه و الوفاء به و لو مستقبلا و ان لم يكن موجودا بالفعل و عليه فان مع التزام البائع فى بيع الكلى بإعطائه و تسليمه كما هو معنى اعتباره على ذمته يكون بيعه بالعوض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۴

....

من تمليك المال بالعوض و ان اعتبر الكلى فى عهدة الغير فضولا و ملكه بعوض فهذا الكلى على تقدير اجازة الغير يصير مالا حيث معنى أجازته الالتزام بإعطائه.

و قد ذكرنا سابقا انه لا يعتبر فى صدق عنوان البيع كون المبيع أو الثمن مالا قبل إنشاء البيع أو حين إنشائه و ان ما ذكر فى تعريفه من أنه مبادلة مال بمال من قبيل شرح الاسم بل اعتبار المالية فيهما باعتبار ان لا يكون تملك أحدهما بإزاء الآخر من أكل المال بالباطل و على ذلك فبإجازة من اعتبر العاقد، الكلى بذمته، يكون المبيع مالا و قد ملك بعوض كما هو الفرض فيخرج التمليك المزبور عن كونه أكلا للثمن بالباطل، و ليس اجازة البيع فى بيع الكلى على الذمة إلا الالتزام بإعطاء ذلك الكلى فيدخل الثمن فى ملكه لما تقدم من ان مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يعطى عنه المعوض و المال فى جميع ذلك مردد بين بقائه على حالته الأولية كما فى فرض عدم اجازة من ينتقل منه المال أو انتقاله الى من ينتقل اليه كما فى فرض أجازته و اما العاقد الفضولى فهو خارج عن طرفى المعاملة.

نعم لو وقع بينه و بين الأصيل منازعة فى كون العقد لنفسه أو لغيره بان كانت دعوى العاقد انه قد باع أو اشترى للغير و أنكرها عليه الأصيل و قال بعت و اشتريت لنفسك حلف الأصيل على عدم علمه بدعوى العاقد، و يثبت المال على ذمة العاقد، لأصالة العاقد و صحة العقد.

و الحاصل ان مع اجراء البيع على مال الغير أو مع اعتبار المال على ذمة الغير أو اضافة البيع للغير فان كان فى البين اجازة من ذلك الغير فهو و الا يقع العقد باطلا واقعا غاية الأمر على تقدير منازعة الأصيل و العاقد يثبت العقد للعاقد ظاهرا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۵

....

و لكن المنسوب الى ظاهر جماعة فى بعض فروع المضاربة وقوع العقد للعاقد واقعا، قال فى الشرائع فى باب المضاربة انه لو اشترى من ينعتق على رب المال فان كان باذنه صح الى ان قال و ان كان بغير اذنه و كان الشراء بعين المال بطل و ان كان فى الذمة وقع الشراء للعامل، الا ان يذكر رب المال، و ظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقد واقعا لانه لم يفرض فى البين تنازع ليحمل العبارة على الحكم الظاهرى، و ربما يذكر انه إذا اتفق البائع و القابل على وحدة قصدهما و لكن قال البائع بعتك المال و قبلت لنفسك، و قال المشترى بعت المال بثمن على عهدة زيد و اشتريته له يكون المورد من موارد التحالف، و اما إذا لم يتفقا على ذلك بان قال البائع بعتك المال، و قال المشترى نعم، و لكن قصدت الشراء لزيد، يكون المورد من موارد الدعوى و الإنكار، فإن المشترى لادعائه خلاف مقتضى ظهور الشراء يكون مدعيا، فلا بد من ان يحلف البائع على نفى دعوى المشترى.

و انه لم يقصد ذمة زيد لا على نفى علمه بالقصد المزبور، كما هو ظاهر الشيخ (ره) لان نفى علمه لا ينافى دعوى المشترى، و حيث لا يمكن للبائع هذا الحلف لعدم طريق له الى العلم بقصد المشترى، فيرد الحلف على المشترى، و إذا حلف على قصده، يحكم ببطلان البيع، لكون البيع المزبور فضوليا لم يلحقه اجازة زيد، و فى النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوما بالبطلان.

(أقول) ظاهر كلام المصنف (ره) و جماعة انه يكفى فى صحة البيع فيما إذا كان أحد العوضين كليا فى الذمة تعيين العاقد صاحب الذمة بقصده فقط و ان لم يعينه عند إنشاء العقد بقرينة حالية أو مقالية، كما إذا قال البائع بعتك المال بعشرة دراهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۶

....

و قال قبلت مع قصده كون عشرة دراهم على ذمة زيد أو كون الشراء له الذى يكون بمعنى ان زيدا صاحب الذمة فإن هذا مقتضى

دخول المبيع الى ملكه، و لكن صحة هذا البيع لا- يخلو عن تأمل، بل منع، لما ذكرنا من ان الكلى ما لم يضف إلى ذمة شخص لا يصلح جعله عوضا.

و ايضا المحتاج الى تعيين الذمة هو ذمة الغير لا ذمة العاقد فان قول البائع بعت المال بعشرة دراهم و ان يعم بيعه بالعشرة سواء كانت بذمة العاقد أو شخص آخر و لذا يصح للمشترى ان يقول فى قبوله قبلت لزيد أو ما هو بمعناه الا ان مع عدم تعيين الغير ينصرف إطلاق القبول المتضمن لإضافة القابل تملك المتاع الى نفسه الى كون الثمن بعهدته و المفروض ان الذى ينصرف إليه الإطلاق غير مقصود و لم يجعل عوضا و ما قصده العاقد من كون الثمن بعهدة زيد لم يذكر فى العقد و لم ينصب عليه قرينة فالشراء باعتبار عدم تعيين العوض باطل.

و على ذلك فلو اختلف البائع و القابل فقال البائع بعتك المال بعشرة على عهدتك فقال المشترى اشتريته و لكن قصدت كون الثمن على عهدة زيد فيقدم قول البائع لكون قوله على طبق ظهور القبول و قول المشترى قصده الى كون الثمن على عهدة زيد على خلاف ظهور المزبور فيكون مدعيا، فيتوجه إلى البائع الحلف على عدم علمه بقصد القابل ان ادعى علم البائع بقصده، و لا يتوجه إلى البائع حلف أصلا إذا لم يدع القابل علم البائع بقصده و على التقديرين يحكم بكون الثمن على عهدة المشترى، و لا دليل فى مثل الفرض على لزوم الحلف على المنكر، فضلا عن رده الى المدعى، و تفصيل ذلك موكول الى بحث القضاء، و لو قيل بكفاية تعيين القابل صاحب الذمة بقصده فى صحة الشراء و وقوعه لزيد يكون الأمر فى مقام الاختلاف ايضا كذلك، بل الأمر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۳۳۷

ظهر من ذلك التنافى (۱).

كذلك فيما إذا اختلفا فى صورة العقد و قال البائع بعتك المال و اشتريته، و قال المشترى بل اشتريته لزيد بإضافة شرائى اليه، أو بتعيينه صاحب الذمة فيقدم قول البائع، لموافقته لأصل لفظى معتبر، و هى أصالة عدم ذكر المشترى القرينة على خلاف ظهور الشراء الذى أشرنا إليه، فيكون المشترى مدعيا لادعائه خلاف الأصل المزبور و يحلف البائع على نفى تعيين القابل كما لا يخفى.

(۱) قد تقدم ان وقوع الشراء للغير يكون بإضافته إلى الغير تارة، و باعتبار الثمن فى عهدته أخرى، و على ذلك فيقع الكلام فيما إذا جمع العاقد بين المتنافيين و للجمع صورتان: الأولى- بأن أضاف الشراء الى الغير و اعتبر الثمن بذمته و الثانية- ان يضيف الشراء الى نفسه و يعتبر الثمن على عهدة الغير.

و قد ذكر المصنف (ره) فى الصورة الاولى انه يحتمل بطلان الشراء لان قصد إنشاء الشراء لا يحصل من العاقد مع اعتباره العوض على عهدة الغير و قصده دخول المعوض الى ملكه، و يحتمل إلغاء أحد القيدين بالالتزام بحصول قصد إنشاء الشراء اما بان يكون قصده الشراء للغير لغوا فيصح الشراء للعاقد، و اما ان يلغى اعتبار المال على عهدته فيكون الشراء فضوليا.

و ذكر فى الصورة الثانية انه لا يحتمل بطلان الشراء لحصول قصد إنشائه و يحتمل وقوع الشراء للغير لانه مع اعتبار الثمن على عهدة الغير يكون قصده الشراء لنفسه، مبنيا على بنائه بان ما على عهدة الغير، ملكه له عدوانا أو اشتباها، و هذا هو الفرق بين هذه الصورة و الصورة الاولى.

و يحتمل وقوع الشراء لنفسه لأن إضافته إلى نفسه أولا، مقتضاه اعتبار المال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۳۳۸

يقع للمشترى لكل حال (۱) و ان كان فى الذمة لغيره و أطلق اللفظ (۲)

على عهدته، فيكون قصده ثانيا الثمن على عهدة الغير لغوا.

(أقول) لا فرق بين الاشتراء للغير بمال فى ذمته كما هو الحال فى الصورة الاولى و بين الشراء لنفسه بمال فى ذمة الغير، كما هو الحال فى الصورة الثانية فى انه لا يمكن فيهما قصد إنشاء الشراء حقيقة، فإن مقتضاه كما تقدم دخول أحد العوضين فى ملك من يعطى العوض الآخر.

و ما ذكر (ره) فى الصورة الثانية من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار ان كون الغير صاحب الذمة، مقتضاه دخول المعوض الى ملكه و اضافة العاقد الشراء الى نفسه مبنى على تملك ما فى ذمة الغير غير صحيح، فإنه مع انه لا يخرج عن الاحتمال ان البناء على تملك ما بذمة الغير لا معنى له، و لا يقاس على الاستيلاء بعين خارجى مملوكة للغير كما لا يخفى.

و الحاصل ان الشراء حقيقة فى الصورتين غير محقق فيحكم ببطلانه إلا إذا قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض فى ملك من يعطى عنه المعوض و لا تحتاج المسئلة إلى تأمل زائد.

(۱) لعل المراد بكل حال وقوع البيع للمشترى سواء أجاز الشراء مالك الثمن أم لا، و وقوعه له مع اجازة المالك بمعنى دخول المبيع فى ملك المشترى مع خروج الثمن من ملك المجيز، و وقوعه له مع عدم أجازته ثبوت بدل ذلك الثمن على المشترى.

(۲) يعنى لو اشترى المتاع بثمن بذمته و قصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۹

و يؤيده رواية البارقى (۱)

فى العقد كما إذا قال بعد قول البائع بعت المال بعشرة دنانير قبلت فإن أجاز ذلك الغير وقع الشراء لذلك الغير، فيدخل المبيع فى ملكه، و يثبت الثمن بذمته، و ان رد ذلك الغير نفذ الشراء على القابل، و يثبت الثمن بذمته، و الوجه فى نفوذ اجازة الغير هو اضافة الشراء إليه فى القصد، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته، كما ان الوجه فى نفوذ الشراء على العاقد على تقدير رد ذلك الغير، هو كون الثمن بذمته فيلغى قصد كون الشراء للغير، و لا يضر فى وقوعه عن العاقد بين وفاء العاقد ما بذمته بمال ذلك الغير أم لا.

(۱) قد ذكرنا سابقا انه ليس فى تلك الرواية ما تكون قرينة على ان بيع الشاة أو شرائها كان بالمعاطاة و التمسك بإطلاق قوله (ص) فيها بارك اللّه فى صفقة يمينك و عدم استفصاله عن عروة بأن بيع الشاة الواحدة بدينار كان بالإيجاب و القبول اللفظيين أو بالمعاطاة، و مقتضى ذلك، تمام المعاطاة الفضولية بالإجازة، يمكن دفعه بأنه يحتمل ان يكون عروة كان ملتفتا الى ان بيعه الشاة بدينار فضولى، يحتاج إلى اجازة النبى (ص) و حيث كان عالما بأنه لا بد فى تمام بيع الفضولى بالإجازة وقوعه بغير المعاطاة فباعها بالإيجاب و القبول اللفظيين، و مع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهة الإجازة، مغنيا عن الاستفصال، و لذا لم يسئل رسول اللّه (ص) عن حصول سائر شرائط البيع و عدمه.

نعم لا- يجرى ذلك فى صحيحة محمد بن قيس لان المفروض فيها عدم علم المشترى بكون البيع فضوليا و مقتضى حمل فعله على الصحة من غير جهة اجازة المالك لا يقتضى الشراء بغير المعاطاة، و لو كان فى تمام بيع الفضولى وقوعه بغير المعاطاة معتبرا لكان الاستفصال عنه فى الجواب متعينا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۰

لدل على عدم ترتب الأثر المقصود (۱)

---

(۱) قد تقدم سابقا ان النهى عن عقد الفضولى لو كان مقتضيا فساده، لما يتم ذلك بإجازة المالك و ذلك فان العقد لا يكون بنفسه سببا تاما للنقل، بل هو مع رضا المالك و النهى لا يتعلق برضا المالك، و انما يتعلق بنفس العقد، و معنى صحته كونه جزء السبب للنقل و إذا حكم بفساده باقتضاء النهى ينتفى كونه جزء السبب، فلا يثمر معه اجازة المالك.

و ذکر النائینی (ره) وجها آخر لعدم جریان تمام عقد الفضولی بإجازة المالک فی المعاطاة الفضولیة و هو ان إنشاء البیع بالإیجاب و القبول، یکون له بقاء، و یتعلق الإجازة بذلک الأمر الباقی، حیث ان تبدیل المالین فی الإضافة الحاصلة بإنشاء البیع المعبر عن ذلک بالمعنی الاسم المصدری، أمر مغایر لإنشائه المعبر عنه بالمعنی المصدری الذی ینقضی بانقضاء التکلم، و یتعلق الإجازة بذلک الأمر الاسم المصدری و هذا بخلاف إعطاء المالین فإنه لیس للإعطاء اسم مصدر الا العطاء المتحد مع الإعطاء خارجا و الإعطاء عبارة أخری عن تبدیل المالین من حیث المکان و تبدیل المالین من حیث المکان، لا یتعلق به الإجازة.

و لکن لا یخفی ما فیه فإنه لیس المعاطاة مجرد الإعطاء و تبدیل المالین مکانا، بل بقصد تبدیلهما فی الملکیة، و المفروض ان هذا التبدیل أمر اعتباری منشأ بالفعل و یتعلق به الإجازة کالتبدیل المنشأ باللفظ.

هذا مع ما تقدم من ان البیع بمعنی اسم المصدر عین البیع بمعنی المصدر و تغایرهما بالاعتبار و ان البیع بهذا الاعتبار، قابل للبقاء اعتبارا، و لذا یتعلق به الفسخ بالخیار أو بالإقالة کما ذکرنا تفصیل ذلک فی تعریف البیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۱

و قد یستدل علی ذلک بان المعاطاة منوطة (۱) و اما علی القول بالإباحة (۲)

---

(۱) و حاصله انه یعتبر فی المعاطاة التراضی بالملک بناء علی کونها مفیدة للملک أو التراضی بإباحة التصرف بناء علی کونها مفیدة للإباحة، و من الظاهر ان التراضی بالملک أو الإباحة من شئون المالک، و لا معنی لحصوله من غیر المالک.

و لذا ذکر الشهید الثانی ان المکره و الفضولی قاصد ان اللفظ دون المدلول و ایضا یعتبر فی المعاطاة حصول القبض و الإقباض مقارنا بالتراضی علی الملک، أو التراضی علی الإباحة، و من الظاهر ان التراضی علیهما لا اثر له الا إذا صدر عن المالک أو بإذن منه.

و أجاب عن ذلک المصنف (ره) من ان اعتبار القبض و الإقباض فی المعاطاة عند من اعتبرهما فیها لإنشاء الملک أو الإباحة کما یکون باللفظ، کذلک یکون بالفعل و کما ان فی صورة إنشائهما باللفظ، یمکن الإنشاء من غیر المالک و الوکیل فضولا کذلک فی صورة إنشائهما بالفعل، و کما انه لا یعتبر رضا المالک مقارنا لإنشاء المالک أو الإباحة باللفظ، کذلک لا یعتبر مقارنته لانشائهما فیما إذا کان بالفعل، و دعوی اعتبار مقارنته لإنشاء الفعلی دون الإنشاء القولی تحکم.

(۲) لا یخفی ان الإباحة فی المعاطاة علی تقدیرها شرعیة، لا مالکیة، فإن المفروض فی المعاطاة قصد الملک، لا الاذن لصاحبه فی التصرف فی ماله، فالقائل بالإباحة لا بد من ان یلتزم بورود التقیید فی دلیل إمضاء البیع، و نفوذه بالإضافة إلی البیع المعاطاتی قبل حصول أحد الملزمات، و یکون حصول أحدها فی ذلک البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۲

مع ان حصول الإباحة قبل الإجازة (۱)

کالقبض فی بیع الصرف و السلم شرطا لحصول الملک، و قبل حصول أحدها یکون کل من المالین مباحا للآخر، و مقتضی ذلک الاقتصار فی التقیید علی مورد الیقین، و هی صورة تعاطی المالکین، و فی غیرها یرجع الی إطلاق حل البیع و نفوذه، فتکون النتیجة ان المعاطاة فضولا کالبیع اللفظی فضولا فی حصول الملک بالإجازة فی کشفها عن الملک السابق.

و الحاصل لا تکون فی مورد المعاطاة فضولا الا حصول الملک لا الإباحة، و دعوی ان الإباحة فی المعاطاة مالکیة، لأنها و ان تکون بقصد الملک الا انها تتضمن الإباحة المالکیة الضمنیة، أمر لا أساس لها، حیث انه لا معنی للإباحة المالکیة الا الاذن فی التصرف فی ماله. و من الظاهر ان جعل المالک ملکیة ماله للطرف، لا یجتمع مع الاذن له فی التصرف فی ماله، فان معنی البیع نقل المال و معنی الإباحة إبقاء المال فی ملکه.

(۱) هـذا هو الوجه الثانى فى عـدم جريان الفضولى فى المعاطاة على القول بالإباحـة، و تقريره ان الإجازة معتبرة فى بيع الفضولى بنحو الكشف، فتكون كاشـفة عن صـحة كـل تصـرف وقع من الأصـيل فى مـال المالـك قبل أجازته، و هـذا الكشف بناء على الإباحـة غير ممكن، إذ لا ـ يعقـل الكشف فى الإباحـة المالكيـة، و لا ـ فى الإباحـة التى من الحكم التكليفى، فـإن الأحكـام التكليفيـة تكون للافعال المستقبلة لا الماضية التى انتهت أمرها بالوجود أو العدم، مثلا إذا باع الأصيل مال الآخر قبل إجازته فإنه بعد أجازته البيع الأول يحكم بصحة البيع الثانى أيضا لاعتبار وقوعه فى ملك الأصيل، و هذا على القول بالملك.

و اما بناء على حصول الإباحة فلا يحكم بصحة البيع الثانى حتى بعد إجازة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۳

[الإجازة و حكمها]

اشارة

و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة (۱)

المالك لما ذكرنا من ان الإجازة لا تكشف عن اباحـة تصـرفات الأصـيل التى منها البيع الثانى لتكون الإباحـة بالإضافة إلى التصـرفات الموقوفة على الملك ملازمة لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه أو مقارنا له.

و الحاصل لا تعقل فى الإجازة على القول بالإباحة فى المعاطاة إلا النقل اى الالتزام بحصول الإباحة من زمان الإجازة و لعله الى ذلك أشار (ره) بقوله فافهم بعد احتماله تمام البيع الثانى من الأصيل مع الإباحة الواقعية المكشوفة بالإجازة اللاحقة.

نعم هذا مبنى على ما هو الصـحيح من كون الإجازة معتبرة بنحو الكشف الحكمى و اما بناء على الكشف الحقيقى فلا مانع عن كشف الإجازة عن كون تلك التصرفات مباحة من حين وقوع المعاطاة فضولا.

(۱) يستدل على اعتبار الإجازة فى عقد الفضولى بنحو الكشف بوجوه:

أولها مـا عن المحقق و الشـهيد الثـانيين من ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقـد، و يقتضـى وجوب الوفاء به حصول الملك، و يعلم تمـام العقـد الموضوع لوجوب الوفـاء، بإجـازة المالـك، و أورد عليه المصـنف (ره) بـان العقـد أى الإيجـاب و القبول لا ـ يكون تمـام الموضوع لوجوب الوفاء و تمام السبب لحصول الملك، بل تمامه هو العقد مع صدوره برضا المالك، و لا يعلم ذلك بإجازة المالك حيث لا ـ تكشف الإجازة، عن مقارنـة رضا المالك بصـدور و العقـد لا عن رضاه الفعلى فى ذلك الزمان، و هـذا ظاهر و لا عن رضاه التقديرى بمعنى انه لو كان ملتفتا بالعقد لكان راضـيا به، فإنه يمكن ان تكون أجازته لحصول البداء له و تغير اعتقاده الى صلاح العقد بعد كونه جازما بعد صلاحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۴

....

نعم لـازم القول بصـحة الفضولى، هو الـالتزام بـان اجازة المالك يقوم مقام رضاه المقارن لصـدور العقـد و ان الإجازة أحـد القيـدين المعتبرين فى العقـد على سبيـل التخيير. و على ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء، و يحصل به الملك. كـذلك بالإجازة اللاحقة.

و بعبارة أخرى الإجازة يكون بها تمام الموضوع لا ان تكون كاشفة عن تمام الموضوع و السبب قبلها.

اللهم الا ان لا تکون الإجازة بنفسها شرطا، بل الشرط لوجوب الوفاء تعقب العقد بها، و هذا التعقب یحصل من الأول علی تقدیر حصول الإجازة فی المستقبل، و یکون حصولها کاشفا عن اتصاف العقد به زمان صدوره و لکن هذا خلاف الظاهر حیث ان الشرط فی تمام العقد نفس الرضا و طیب نفس المالک لا لحوقه.

لا یقال المراد بالشرط فی المقام ما یکون لحوقه بالعقد موجبا لحصول الملک فإطلاق الشرط علی الرضا باعتبار ان المؤثر فی الملک الحاصل بالعقد لحوقه لا انه بنفسه دخیل.

فإنه یقال إطلاق الشرط علی شیء مقتضاه کون ذلک الشیء بنفسه دخیلا و کون المراد بالشرط ذلک ظاهر الأدلة فإن ظاهرها کون رضا المالک و طیب نفسه معتبرا فی التجارة و حل أکل مال الغیر أو التصرف فیه و وجوب الوفاء بالعقد و لازم ذلک ان لا یحصل شیء من ذلک قبل حصول الإجازة و لا یفید فیه وصف لحوق الإجازة فی العقد کما احتمل کفایة وصف لحوقها صاحب الفصول، و التزم به بعض المعاصرین و یتفرع علی دخالة وصف لحوق الإجازة و کونه شرطا فی تمام العقد انه لو علم الأصیل حصول الإجازة فیما بعد لجاز له التصرف فی مال الطرف حتی الموقوف علی کون المتصرف مالکا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۵

....

ثم انه لا بأس بالالتزام بما ذکر و ان المراد بالشرط لحقوقه فی مثل اشتراط صوم المستحاضة بغسلها بعد الفجر أو للعشائین بان یقال بان المعتبر فی صحة صومها عند طلوع الفجر اتصاف إمساکها عند الفجر بلحوق الاغتسال و لو فی اللیلة الاتیة و یقال فی الغسل یوم الخمیس ان اتصاف المکلف بکونه لا یتمکن علی الاغتسال یوم الجمعة دخیل فی استحباب الغسل له یوم الخمیس و اتصافه بکونه یدرک مستقبلا هلال الشوال دخیل فی وجوب الزکاة علیه من أول شهر رمضان.

و لکن مع ذلک قد یقال بامتناع تحقق وصف التعقب فعلا قبل حصول ذلک اللاحق و انه لا یمکن تصحیح مذهب الکشف بالالتزام بان الشرط فی حصول الملک بالعقد تعقبه بالرضا و ان وصف التعقب حاصل حال العقد علی تقدیر حصول الإجازة فیما بعد فان المتضایفین متلازمین فی القوة و الفعلیة فاتصاف أحد بالأبوة لا ینفک عن اتصاف الآخر بالبنوة و اتصاف شیء بالعلیة لا ینفک عن اتصاف الآخر بالمعلولیة و عنوان التعقب و التقدم و التأخر من الإضافات.

و الحاصل ان اتصاف شیء بأحد الوصفین المتضایفین فی زمان مع عدم اتصاف الآخر بالوصف الآخر فی ذلک الزمان أمر غیر معقول فلا یعقل ان یقال بحصول وصف التعقب بالإجازة للعقد قبل حصول الإجازة.

أقول الأوصاف الإضافیة التی یوصف بها الشیء لیست فی حقیقتها الا باعتبار العقل و قیاس أحد الموجودین بالآخر فان کن الموجودان متحدین زمانا یکون اتصاف أحدهما بوصف ملازما لاتصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محالة لفعلیة الموجود الآخر فی ذلک الزمان ایضا علی الفرض کما فی وصفی العلیة و المعلولیة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۶

....

أو الأبوة و البنوة و نحوهما و ان کان الموجود ان فی زمانین کما فی الموصوفین بوصفی التقدم و التأخر فلا یمکن اتصاف أحدهما بوصف فی زمان ملازما لفعلیة الموجود الآخر أو فعلیة وصفه فی ذلک الزمان فضلا عن لزومها لان تحققه فیه خلف.

نعم لا بأس بتوصیف ذلک الآخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده و لو بملاحظته بالعنوان الإجمالی و یکفی فی انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظة المتأخر بعنوانه الإجمالی و لو ادعی فی فعلیة وصف التقدم للمتقدم أو وصف التعقب له لزوم فعلیة

المتأخر لزم ان لاـ يوجد الموصوف الحقيقى بالتقدم و التأخر أصلا لأن الموصوف بالتأخر فى ظرف وجود المتقدم معدوم و الموصوف بالتقدم فى ظرف فعلية المتأخر قد انقضى عنه الوجود فأين فعلية الموصوفين و فعلية وصفيهما هذا بالإضافة إلى الاعتبار العقلى.

و اما جعل المتأخر موضوعا لحكم مقدم فهو أمر ممكن لاـ استحالة فيه كما يأتى فتصوير الملكية للطرفين من زمان العقد و جعل موضوعها تحقق الإجازة مستقبلا لا يوجب محالا فان المراد بشرط الحكم قيد الموضوع و لا يفرق فى ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعيا كالملكية كما فى المقام أو كونه حكما تكليفيا و قد يعبر عن قيد موضوع الحكم فى الأحكام التكليفية بالسبب كقولهم دخول الوقت سبب لوجوب الصلاة و الجنابة سبب لوجوب الغسل و طلوع الفجر سبب لوجوب الصوم.

و قد يعبر عنه بالشرط كقولهم الاستطاعة شرط لوجوب الحج و بلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكاة كما انه يعبر عن قيد الحكم الوضعى بالشرط كما يقال رضا المالك أو معلومية العوضين شرط فى صحة البيع و حصول النقل و الانتقال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۷

....

و قد يعبر عنه بالسبب كما يقال التقاء الختانين أو خروج المنى سبب للجنابة و خروج البول أو غيره سبب للحدث الى غير ذلك.

و لكن كما ذكرنا ان ذلك مجرد تعبير و المراد فى جميع ذلك قيد الحكم و موضوعه تكليفا كان أو وضعا و من الظاهر ان قيد الموضوع و منه اجازة المالك ليس شرطا باصطلاح الفلسفى فى مقابل السبب و المانع من اجزاء العلة ليقال بعدم إمكان تقديم المشروط على شرطه، فإنه من تقدم المعلول على علته زمانا، بل الشرط فى المقام و هو قيد الموضوع، تابع لجعل الحكم.

فإنه قد يكون الحكم متقدما على موضوعه زمانا، و عليه فيمكن ان تكون اجازة المالك العقد شرطا فى حصول الملك بنحو الشرط المتأخر بأن يجعل الشارع ملكية المال للطرف الأصيل بالعقد مراعى بحصول الإجازة، بحيث تكون الإجازة مع كونها بنفسها شرطا لحصول الملك كاشفة عن حصول الملك للأصيل بحصول العقد، و لكن اعتبار قيد للموضوع فى خطاب الحكم أو غيره ظاهره، نحو الشرط المقارن، و اما المتقدم و المتأخر فاعتبارهما و ان كان ممكنا الا انه يحتاج إلى قرينة خاصة.

لاـ يقال إذا كان أمر شرطا للحكم يكون له دخل فى ذلك الحكم لا محالة و الا لكان جعله شرطا بلا ملاك و إذا فرض دخالته فيه فكيف يحصل ذلك الحكم قبل حصوله.

(فإنه يقال) كما ذكرنا فى بحث الأصول ان الحكم المجعول، غير جعله، كما هو شأن كل إنشاء مع منشئه، بخلاف الإيجاد، و الوجود فإنهما أمر واحد، و يختلفان بالاعتبار و ذلك الأمر، بلحاظ نفسه وجود و بلحاظه الى فاعله إيجاد، و اما الإنشاء و المنشأ، فهما متعددان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۸

....

مثلاـ الملكية التى يعتبرها العاقد بعنوان البيع أو غيره منشأ و قصد إبرازه بقوله بعت أو آجرت و نحوهما إنشاء و إذا كان فى ملكية المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير اجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك، فلا تكون ملكية على تقدير عدم حصولها فيما بعد فدخالة الإجازة فى الملكية ليست نظير دخالة الشرط الفلسفى فى مشروطه، لان حصول الملكية يكون بالجعل و الاعتبار على الفرض، و الداعى للجاعل الى جعلها، اعتقاد الصلاح فى المجعول، كما يأتى توضيحه.

و الحاصل ان دخالة الشرط و هى الإجازة فى المقام عبارة عن كونها قيدا لموضوع الملكية المجعولة من الشارع و هذا فى الأحكام

الوضعية.

و اما فى الأحكام التكليفية كالوجوب و الحرمة فإنهما أيضا أمر إنشائى يحصل بالإبراز و الإنشاء و الجعل فالاستطاعة فى وجوب الحج مثلا لا تكون دخيلة فى حصول الوجوب نظير دخالة الشرط الفلسفى بل باعتبار كونها قيدا لموضوع وجوب الحج و الداعى إلى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح فى الحج عند حصول الاستطاعة و حيث ان الصلاح و الفساد فى موارد الوجوب النفسى و الحرمة النفسية يكون فى متعلقهما فلا محذور فى ترتب الصلاح أى الغرض على الفعل على تقدير مقارنته، بأمر يعبر عن ذلك الأمر بالشرط المقارن أو على تقدير تقدم أمر على ذلك الفعل أو تأخره عنه و يعبر عنهما بالشرط المتقدم أو المتأخر.

و بهذا يظهر ان ما ذكره صاحب الكفاية من ان الدخيل فى شرط الحكم مقارنا كان أو متقدما أو متأخرا لحاظ ذلك المقارن و المتقدم و المتأخر خلط بين الدخالة فى الجعل أى الداعى اليه و بين الدخيل فى المجعول حيث ان الدخيل فى الجعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۹

و بان الإجازة متعلقة بالعقد (۱)

هو لحاظ ذلك الأمر المقارن أو المتأخر أو المتقدم و لكن الدخيل فى الحكم المجعول أى المأخوذ فى موضوعه نفس ذلك الأمر كما لا يخفى.

و المتحصل من جميع ما ذكرنا انه لو تم دليل على ثبوت الملكية شرعا قبل حصول الإجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطا فى حصول الملكية، و لو بنحو الشرط المتأخر و لا يلزم من ذلك أى محذور.

(۱) الوجه الثانى للقول بالكشف ذكره ايضا الشهيد و المحقق الثانيان، و حاصله ان تعلق الإجازة بالعقد الصادر سابقا رضاء بمضمون ذلك العقد، و مضمونه نقل العوضين من حينه لا من حين الإجازة.

و أورد عليه المصنف (ره) بأمور الأول- ان الإجازة و ان تكون متعلقة بالعقد السابق الا ان مضمونه نفس النقل لا المقيد بكونه من حين العقد و بتعبير آخر يقع العقد فى ذلك الزمان باعتبار ان العقد زمانى لا ان معنى بعت بنحو الإنشاء هو النقل من ذلك الزمان، و ان شئت فلاحظ القبول بالإضافة إلى الإيجاب فإن القبول رضا بمضمون الإيجاب و لكن لا يحصل الملك بعد تمام الإيجاب و قبل القبول و ليس هذا الا- باعتبار ان معنى الإيجاب هو نفس النقل، و فى أى زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان و كما ان تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده كذلك تمام عقد الفضولى يكون بعد الإجازة فيكون الملك بعدها.

و أيضا بما ان مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه، لم يكن الفسخ و إبطال مضمونه إلغاء للنقل من حين العقد بل يكون إلغاء لنفس النقل ففى أى زمان حصل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۰

....

الإلغاء، يبطل النقل من ذلك الزمان.

أضف الى ذلك انه لا ينبغى الإشكال فى حصول الإجازة بقول المالك قد رضيت بكون مالى لزيد بكذا مع ان المالك المجيز لم يتعرض فى القول المزبور لبيع ماله فضولا من زيد فضلا عن تعرضه بزمان نقله و قد ذكروا ان تمكين الزوجة من الزوج فيما إذا زوجها الآخر منه فضولا- اجازة لنكاح الفضولى باعتبار ان التمكين كاشف فعلى عن رضاه بالزوجية المنشأة من غير نظر الى زمانها من حيث المبدء.

أقول الإيراد المزبور على الاستدلال غير صحيح و ذلك فإن الملكية أمر اعتبارى و إنشائها ليس من الإيجاد الحقيقى الذى يكون عين

الوجود حقیقة و یتحد زمانهما لا محالة. بل الإنشاء کما تقدم توضیحه غیر المنشأ و بینهما تعدد.

و لذا یمکن التفکیک بینهما فیمکن إنشاء الملکیة المستقبلة بأن یکون الإنشاء فعلیا، و المنشأ أمرا استقبالیا، کما فی الوصیة التملیکیة، و علی ذلک فاللازم علی العاقد فی اعتبار ملکیة المبیع للمشتری من تعیین المبدء فیکون الزمان المزبور قیدا للنقل أی الملکیة، و لا یقاس الإجازة بقبول الإیجاب، فإن الموجب فی إیجابه لا یجعل ملکیة المبیع للمشتری مطلقا، حتی و لو لم یقع منه قبول بل الظاهر ان اعتبارها له معلق علی قبوله بنحو الشرط المقارن، و هذا بخلاف اجازة المالک فإن الملکیة المنشأة بالعقد لا تکون معلقة علیها کما یظهر الحال بملاحظة بیع الغاصب و علی تقدیر التعلیق یکون بنحو الشرط المتأخر، کما إذا باعه لتوقع اجازة المالک.

و الحاصل ان الإجازة تتعلق بمدلول العقد الذی هو الملک من حینه و یدخل العقد بها فی موضوع الإمضاء و اللزوم و قبل الإجازة لا یکون إمضاء و لا لزوم و اما قضیة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۱

....

الفسخ فإنه إلغاء للعقد بقاء فیکون إلغاء الملکیة أیضا فی بقائها و لا منافاة بین ان یکون مبدء الملکیة فی الإجازة حین العقد و مبدئها فی الإلغاء حین الفسخ، فان الفسخ لا یقابل الإجازة بل مقابل الإجازة، هو الرد و هو عبارة عن إلغاء العقد من أصله، و لا فرق فیما ذکر کله بین ان تکون الإجازة بالقول أو بالفعل کتمکین الزوجة المزوجة فضولا، و لا یخفی ان مرادنا بمدلول العقد، لیس مدلوله بالدلالة الوضعیة لیقال بان بعت مثلا إنشاء لا یدل علی الزمان فکیف تکون دالا علی مبدء الملکیة، بل المراد الدلالة و لو بالقرینة التی أشرنا إلیها من لزوم المبدء للمنشإ لا محالة.

و لا یخفی ان ما ذکره المصنف (ره) فی الإیراد علی الاستدلال الثانی علی الکشف بقوله (و بتقریر آخر ان الإجازة من المالک قائمة) لیس تقریرا آخر للإیراد المزبور بل التقریر یناسب الرد علی الاستدلال الأول الذی ذکر فیه ان العقد سبب تام للنقل و الانتقال و اجازة المالک کاشفة عن کون عقد الفضولی عند حدوثه تاما.

ثم انه (ره) ذکر الإیراد الثانی علی الاستدلال المتقدم بقوله (و ثانیا لو سلمنا عدم کون الإجازة شرطا اصطلاحیا) و حاصله ان القول بالکشف لا یساعد علیه دلیل بان یکون المبیع ملکا للمشتری شرعا و الثمن ملکا للمالک المجیز من حین العقد و لو قیل بتعلق الإجازة بالعقد السابق الذی مدلوله النقل من حینه أو ان الإجازة اللاحقة تجعل العقد السابق کأنه سبب تام للنقل و ذلک فان العقد الفضولی ما لم ینتسب الی المالک، لا یعمه دلیل وجوب الوفاء به و خطاب حل البیع فإنه یصیر بإجازة المالک عقده، و البیع بیعا برضاه، و لازم ذلک ان لا یکون نقل و انتقال قبل حصول الإجازة لأن حدوث ملکیة المبیع للمشتری و انتقال الثمن إلی البائع یلازم حدوث وجوب الوفاء الذی یحدث بالإجازة کما ان حل البیع بمعنی حل التصرفات المترتبة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۲

و ثالثا سلمنا دلالة الدلیل علی إمضاء الشارع (۱)

علی البیع تحدث بالإجازة و من الظاهر ان حدوث الحلیة المزبورة، ینتزع عنها النقل و الانتقال.

أقول هذا الإیراد أیضا غیر صحیح و ذلک فان العقد و ان یکون بالإجازة منتسبا الی المالک المجیز من حین الإجازة و ان البیع بالإجازة یکون بیعا برضا المالک فیدخل العقد المزبور من حین الإجازة فی موضوع الخطابین الا ان خطاب وجوب الوفاء بالعقد لیس حکما تکلیفیا بالإضافة إلی البیع و نحوه حتی لو فرض ان البائع إذا أمسک بالمبیع و لم یسلمه إلی المشتری فقد عصی بعصیانین أحدهما التصرف فی مال المشتری بإمساکه بالمبیع، و الثانی عدم وفائه بالعقد، بل هو إرشاد إلی لزومه، و عدم کونه قابلا للفسخ کما

ان خطاب حل البیع لیس ناظرا إلی الحلیة التکلیفیة بل الی الحل الوضعی أی الإرشاد إلی إمضاء الشرع، البیع من حیث المدلول، و إذا فرض ان مدلول البیع المزبور، ملکیة المبیع للمشتری من حین تحقق العقد، یکون إمضائه بمدلوله عبارة عن اعتبار الشرع الملکیة علی طبق إنشاء العاقد. و رضا المالک المجیز به و قد ذکرنا فی محله ان الملکیة و نحوها من الأحکام الوضعیة، قابلة للجعل بنفسها، و الالتزام بانتزاعها من التکلیف بلا وجه.

(۱) و هذا هو الإیراد الثالث علی الاستدلال المتقدم. و حاصله لو سلم إمضاء الشارع عقد الفضولی علی طبق اجازة المالک المفروض کونها رضاء بالعقد بمدلوله و هو النقل من حینه و لکن حکم الشارع و إمضائه یحدث عند حصول الإجازة. و لازم ذلک ان یکون ملکیة المبیع للمشتری و ملکیته الثمن للمالک المجیز بالإضافة إلی الأزمنة بعد الإجازة حقیقیة و بالإضافة إلی الأزمنة السابقة علی الإجازة تنزیلیة، بمعنی انه یترتب

....

بعد الإجازة الآثار الممکنة بالإضافة إلی تلک الأزمنة، کما إذا حصل للمبیع نماء بعد العقد و قبل الإجازة فإنه یحکم بعد الإجازة، بأن النماء المزبور ملک المشتری و هذا فی الحقیقة قول بالنقل یشترک مع القول بالکشف فی بعض الآثار، و الوجه فی عدم کون الملکیة بالإضافة إلی الأزمنة قبل الإجازة حقیقیة هو عدم کون العقد فی تلک الأزمنة سببا تاما للملکیة حیث لم یکن معه رضا المالک الذی جزء السبب أو شرط له.

أقول و أنت خبیر بأنه لا یمکن المساعدة علی هذا الإیراد أیضا و انه یتعین الالتزام بکون الملکیة کما أنها بالإجازة واقعیة بالإضافة إلی الأزمنة اللاحقة کذلک انها واقعیة بالإضافة إلی الأزمنة السابقة حیث ان التنزیل بجعل الآثار یکون فی الموارد التی لا یمکن فیها جعل الموضوع بنفسه حقیقة کما فی تنزیل الفقاع منزلة الخمر و اما الموضوع القابل للجعل بنفسه کالملکیة التی لها آثار فلا موجب لجعل آثارها بل تجعل نفسها فیترتب علیها تلک الآثار.

و دعوی ان العقد لم یکن سببا تاما للملک فی الأزمنة التی قبل الإجازة فقد تقدم انه لا سببیة و لا مسببیة فی الملکیة الشرعیة بمعناهما المصطلح عند الفلسفی بل العقد مع رضا المالک بنحو الشرط المقارن أو بنحو الشرط المتأخر موضوع للملکیة الشرعیة.

و المتحصل الی هنا ان الاستدلال الثانی علی الکشف مقتضاه الکشف الحکمی بخلاف الاستدلال الأول فإن مقتضاه کان الکشف الحقیقی.

لا- یقال لا- یمکن الالتزام بالکشف الحکمی فإنه کیف یعقل جعل ملکیة متاع لزید مثلا فی زمان انقضی و قد کان المتاع فیه ملکا للآخر کما إذا اشتری زید متاع عمرو فضولا فإنه ما لم تحصل الإجازة فالمتاع باق علی ملک عمرو و لو صار

....

المتاع بعد الإجازة ملکا لزید حتی فی الأزمنة التی انقضت قبل الإجازة لزم کون المتاع المزبور فی تلک الأزمنة التی قد انقضت ملکا لکل من عمرو و زید مستقلا بل لا یمکن جعل ملکیة المتاع لزید فی تلک الأزمنة إلا بإعادة الأزمنة المنقضیة أو الالتزام ببقائها فی الأزمنة اللاحقة و کل من الإعادة و بقائها أمر غیر معقول اما الأول فظاهر و اما الثانی فلاستلزامه کون الزمان فی زمان.

و الحاصل ان المتاع المزبور کان ملکا لعمر و فی زمان واقعی قد انقضی و لا یمکن ان یکون المتاع المزبور لزید فی ذلک الزمان الواقعی لانقضائه و اما جعل الملکیة بفرض ذلک الزمان الماضی فهو فی الحقیقة ملکیة فی زمان فرضی موهوم مستلزم لکون کل من

عمرو و زيد مالكا مستقلا لذلك المتاع في زمان واحد.

فإنه يقال الحل ما تقدم من الإنشاء و المنشأ غير الإيجاد و الوجود فإن الإيجاد و الوجود في الحقيقة واحد و اختلافهما بالاعتبار فقط و إذا كان الإيجاد في زمان يكون الوجود في ذلك الزمان لا محالة.

و إذا انقضى زمان فارغا عن وجود الشيء فيستحيل إيجاد ذلك الشيء في ذلك الزمان الماضي بأن يكون الإيجاد في الزمان اللاحق و الوجود في الزمان المنقضي الا ان يقع المستحيل و هو عود ذلك الزمان الماضي و كذا الحال في إيجاد شيء استقبالي بأن يكون الإيجاد في الحال و الوجود في المستقبل فإنه أيضا لا يمكن الا ان يقع المستحيل و هو جر الزمان الاستقبال الى الحال و اما الإنشاء و المنشأ فلا استحالة في التفكيك بين زماني الإنشاء و المنشأ فان الموصي لداره للغير بالوصية التمليكية يحصل إنشائه حال حياته و لكن منشئه و هي ملكية داره تحصل من زمان موته و كما ان الموصي حين الوصية يعتبر ملكية داره مثلا للغير و لا تكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۵

....

الملكية المعتبرة مطلقة بل مقيدة بالزمان المستقبل و يكفي في الوصية ان يلاحظ الموصي ذلك الزمان و يعتبر الملكية المقارنة له كذلك يمكن للمنشئ لحاظ الزمان الماضي و يعتبر الملكية المقارنة لذلك الزمان فان الاعتبار ليس من الإيجاد الحقيقي و المعتبر شبيه بأمر خيالي لو لم يكن عينه يجعله العقلاء و الشرع تنظيما لأمر معاش العباد و معادهم.

و من الفروع التي توضح المقام ما إذا اختلف الوارث مع الآخر في عين كانت مملوكة للمورث باعترافهما فقال الآخر قد تملكتها من المورث بالهبة و قال الوارث بل العين من تركة مورثه و انه لم يملكه لأحد في حياته فإنه لا ينبغي الريب في تقديم قول الوارث أخذا باستصحاب بقائها في ملك المورث الى زمان موته و من الظاهر ان هذه عبارة أخرى عن التعبد في الزمان اللاحق بالملكية السابقة و التعبد بها معناه جعل الملكية بالإضافة إلى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهري و اما قضية كون ملكية المتاع في زمان واحد لمالكين مستقلا فلا محذور فيه فيما إذا كان زمان الاعتبار متعددا و اى محذور في ان يعتبر ملكية المتاع لعمرو في زمان سابق بان يكون زمان الاعتبار سابقا على زمان المعتبر لغرض ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعتبر ملكيته في ذلك الزمان الماضي لزيد لغرض آخر و قد ذكرنا سابقا ان الأحكام الوضعية و منها الملكية لا تقاس بالتكليفية حيث ان الأحكام التكليفية لا يمكن تعلقها بالافعال الماضية لأن الأفعال الماضية بانتهاء أمرها بالوجود أو العدم لا يفيد فيها النهي و الأمر و الترخيص و هذا بخلاف الأحكام الوضعية فإنها لا تتعلق بالافعال و ليست من سنخ البعث أو الزجر أو الترخيص و تقبل اعتبارها للأمور الماضية و المستقبلة كاعتبارها للأمور الحالية كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۶

....

فتحصل مما ذكرنا ان ما ذكره النائيني (ره) في وجه استحالة الكشف الحكمي من ان اعتبار ملكية مال لعمرو في زمان معين ثم اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان بعينه غير ممكن لان المصحح للتعدد تعدد زمان المعتبر لا تعدد زمان الاعتبار و ان مع وحدة زمان المعتبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجوب فعل في زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل في ذلك الزمان و لذا لا يمكن في مسئلة التوسط في الدار المغصوبة الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها و الحكم بوجوبه بعده لما ذكرنا في ان الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث اليه أو الزجر عنه أو الترخيص فيه و ان تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسدة الملزمة الخالصة فيه و تعلق الوجوب مقتضاه وجود المصلحة الملزمة الخالصة و الترخيص مقتضاه عدم ثبوتهما و لا يمكن حصول الملاكين في فعل واحد في زمان واحد بخلاف ملكية المال في زمان واحد فيمكن ان يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زماني الاعتبار لأن المصلحة كسائر

الأحكام الوضعية تكون فى نفس اعتبارها.

لا يقال إذا كان كل من ملكية المال لعمرو فى زمان و ملكية ذلك المال لزيد فى ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما و لو مع وحدة زمان الاعتبار أيضا.

(فإنه يقال) لا يمكن ذلك فان معنى اعتبار ملكية المال لعمرو فى زمان مقتضاه استقلال عمرو فى التصرف فى ذلك المال فى ذلك الزمان دون غيره و اعتبار ملكية ذلك المال لزيد فى ذلك الزمان معناه استقلال زيد فى ذلك الزمان للتصرف دون غيره و لا يمكن ذلك مع وحدة زمان الاعتبار بخلاف ما إذا كان زمان الاعتبار متعددا فان اعتبار الملكية لعمرو فى زمان أو لا مقتضاه انه يجوز له فى ذلك الزمان التصرف فى ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۷

فالظاهر من صحيحة قيس الكشف (۱).

المال و بالإضافة إلى التصرفات الخارجية يكون الجواز بمعنى الترخيص و الإباحة تكليفا و بالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى نفوذها و صحتها و انه لا يجوز لغيره زيدا كان أو غيره التصرف فى ذلك المال و عدم الجواز بالإضافة إلى التصرفات الخارجية هى الحرمة و بالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى عدم نفوذها.

ثم بعد اجازة عمرو المعاملة الفضولية و اعتبار ذلك المال لزيد فى ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار إمضاء تصرفات زيد فى ذلك الزمان و كون نماء المال فى ذلك الزمان له لا لعمرو كما لا يخفى.

و اما ما استدل به فخر المحققين على القول بالكشف بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم فى الموجود باعتبار ان المؤثر فى الملكية هو العقد و لو قلنا بان اجازة المالك كاشفة عن حصول الملكية من زمان العقد فلا محذور و اما إذا قلنا بحدوث الملكية حين الإجازة لزم تأثير العقد المعدوم فى ذلك الزمان فى الملكية فلا يخفى ما فيه فإنه بعد الإحاطة بما ذكرنا من ان العقد لا يؤثر فى الملكية الشرعية بل تلك الملكية حكم شرعى مجعول للشارع يمكن ان يكون موضوعه الأمر المقارن للحكم زمانا و يمكن ان يكون تمام الموضوع أو بعض قيوده الأمر المتأخرين عن الحكم و ليس للموضوع أى تأثير خارجى فى الحكم بل ثبوته على تقدير الموضوع لتحقق الجعل فى ذلك الفرض و عدم تحقق الحكم مع عدم الموضوع لعدم الجعل مع عدمه و ان شئت الاستيناس للمقام فلاحظ الملكية شرعا فى بيع الصرف و السلم فإنها تحدث حين حصول القبض فى المجلس و العقد فى ذلك الحين معدوم.

(۱) وجه ظهورها فى الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمة الولد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۸

....

عن عهدة المشترى بإجازة المولى البيع الواقع على وليدته فضولا و اما التفرقة بين صحيحة ابى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا- و بين سائر الأخبار بدلالتها على الكشف الحقيقى بخلاف سائر الأخبار فباعتبار انه لم يذكر فى تلك الاخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقى بخلاف الصحيحة فإن الوارد فيها و هو لزوم عزل نصيب الصغيرة و هو يناسب خصوص الكشف الحقيقى فقط كما يأتى توضيحه فى التعليقة الاتية و الحاصل ان الحكم لأب البائع بأخذ ابن الوليدة لا يصح الا إذا كان الأخذ المزبور لقيمة الولد فقط أو مع قيمة ما استوفاها المشترى من سائر منافع الجارية.

ثم لا يكون إرساله بعد اجازة البيع الأعلى مذهب الكشف دون النقل فإنه على النقل لا يسقط قيمة الولد أو قيمة سائر منافعها التى استوفاها عن عهدة المشترى ليتعين على أب البائع إرسال الولد بخلاف القول بالكشف حقيقيا كان أو حكميا.

و اما وجه تعلق المشترى بالبائع الفضولى فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع إليه فأية كما كان بيعه فضوليا كان قبضه الثمن فضوليا سواء كان المدفوع اليه نفس الثمن أو وفائه و انه إذا أجاز مولى الوليدة بيعها كانت إجازته إجازة للقبض المزبور ايضا و قد سأل المشترى هذه الإجازة عنه بقوله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى.

و احتمال ان البائع كان مديونا للمشترى ببدل الثمن بمقتضى ضمانه و المشترى كان مديونا للمولى بقيمة الولد و قيمة منافع الجارية فلعل الإجازة معتبرة بنحو النقل و ان إرسال المولى ولد المشترى و إرسال المشترى البائع أى ابن المولى كان لإسقاط المولى دين المشترى فى مقابل دين الابن البائع لا يمكن المساعدة عليها لان هذا الاسقاط لا يحتاج إلى إجازة بيع الجارية و ظاهر الرواية ان إرسال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۹

فإطلاق الحكم بالعزل منضما الى عموم الناس مسلطون (۱).

الولدين كان علاجه بإجازة البيع و لا تكون أجازته علاجا إلا إذا اعتبر الإجازة بنحو الكشف و ان تكون بحيث تعم اجازة قبض الثمن ايضا.

(۱) المراد من إطلاق الحكم بالعزل عدم تقييده بصورة رضا الورثة و هذا الإطلاق بانضمامه الى عموم الناس مسلطون على أموالهم المقتضى لسلطنة سائر الورثة لجميع حصصهم من تركة الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقى حيث بناء على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجة تخصيصا لعمومه بخلاف مسلك النقل أو الكشف الحكمى فإنه بناء عليهما يكون المقدار المعزول ملكا لسائر الورثة واقعا و قد منعوا عن التصرف فى ملكهم بتعين العزل عليهم.

(أقول) لا يمكن المساعدة على الاستظهار المزبور و ذلك لما تقرر فى الأصول من بحث العام و الخاص انه إذا علم عدم شمول حكم العام لشيء و دار أمر عدم الشمول بين ان يكون بنحو التخصيص أو بنحو التخصيص فلا يمكن التمسك بعموم العام فى إثبات كون الخروج بنحو التخصص لا التخصيص كما إذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسالة الاستنجاء و دار أمر الغسالة بين كونها تخصيصا فى خطاب كون الماء المتنجس منجسا و بين ان يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصص بان تكون الغسالة المزبورة طاهرة فإنه لا يمكن إثبات طهارتها بالأخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجسا هذا أولا.

و ثانيا انه على الكشف الحقيقى يكون تعين عزل سهم الزوجة أيضا تخصيصا فى خطاب اعتبار الاستصحاب فالمتعين ان العزل حكم ظاهرى و احتياط فى الواقعة التى من الشبهة الموضوعية كوجوب عزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يحتمل عادة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۶۰

....

و الحاصل ان الحكم بتعين عزل نصيب الزوجة مع احتمال إجازتها بعد بلوغها منضما الى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقى و قد أورد بعض الأعاظم على دلالة الصحيحة على اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو غيره بأنه لم يظهر منها ان التزويج المفروض فيها فضولى و ان رضاء الصبى و الصبية به بعد بلوغهما اجازة لذلك التزويج الفضولى بل ظاهرها ان النكاح المزبور قد وقع من الوليين و ان ذلك النكاح جائز أى صحيح و لكن يكون لكل منها بعد بلوغهما الخيار فى فسخه و إقراره و ان من شرط التوارث بين الزوجين المفروضين رضا كل منهما بالنكاح المزبور أى فسخه و إقراره و إذا مات أحدهما بعد رضاه به و قبل بلوغ الآخر يكون الإرث مشروطا برضاء الآخر بعد بلوغه و هذا ظاهر الرواية أى ظاهر جواز النكاح و فرض صدوره من الوليين و لا موجب لحملها على نكاح الفضولى ثم حمل الرضا الوارد فيها على الإجازة و الاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف نعم قوله عليه السلام فى ذيلها (فان

کان أبوها هو الذی زوجها) ظاهر فی ان نکاح الأب لا یکون کنکاح غیره و لا یعتبر فی نکاحه خیار الفسخ بل یلزم و یثبت التوارث و لو قیل بأن الأب یعم الجد أی أب الأب یکون نکاح الجد کنکاح الأب فیختص صدرها بنکاح غیر الأب و الجد هذا مع ان الذیل معارض بصحیحة محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام عن الصبی یزوج الصبیة قال إذا کان أبوهما اللذان زوجاهما فنعم جائز و لکن لهما الخیار إذا أدرکا فإن رضیا بعد ذلک فان المهر علی الأب قلت فهل یجوز طلاق الأب علی ابنه فی صغره قال لا «۱».

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۴ الباب ۶ من أبواب عقد النکاح الحدیث (۸).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج‌۲، ص: ۳۶۱

اما الثمرة علی الکشف الحقیقی (۱).

و کذا معارض بذیل صحیحة الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام الغلام له عشر سنین فیزوجه أبوه فی صغره أ یجوز طلاقه و هو ابن عشر سنین قال فقال اما تزویجه صحیح الی ان قال فان ماتت أو مات یوقف المیراث حتی یدرک أیهما بقی ثم یحلف باللّه ما دعاه الی أخذ المیراث الا الرضا بالنکاح «۱».

أقول إذا تسلم أطال اللّه بقائه ان قوله علیه السّلام فی ذیل صحیحة ابی عبیدة الحذاء یکون دالا علی نفوذ نکاح الأب و ثبوت التوارث معه و ان الأب یعم الجد فیلزم علیه ان یحمل الولیین فی صدرها علی غیر الأب و الجد و من الظاهر ان غیر الأب و الجد لا یکون ولیا شرعیا فیکون نکاحه فضولیا لا محالة و حمل الولیین علی خصوص الوصی مع ان ولایته علی النکاح الصغیرة غیر محرزة حمل بعید و أبعد منه حمله علی نکاح الحاکم الشرعی لضرورة الطفل و اما معارضة ذیلها بصحیحة محمد بن مسلم و صحیحة الحلبی فلا یضر بالاستدلال فإنه لا یمکن العمل بمثلهما فی مقابل غیر واحد من الروایات الدالة علی نفوذ نکاح الأب و الجد و علیه شهرة قدیما و حدیثا و تمام الکلام فی ذلک موکول بکتابی النکاح و الإرث.

(۱) لا تظهر الثمرة علی الکشف الحقیقی بین کون الشرط فی صحة المعاملة تعقبها بالإجازة أو تکون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا و انه یجوز لکل من المالک المجیز و الأصیل التصرف فیما انتقل الیه قبل حصول الإجازة علی تقدیر إحراز حصولها فیما بعد سواء کان التصرف أمرا خارجیا أو اعتباریا و یأتی الاعتراف بذلک من المصنف فی بیان الثمرة بین الکشف الحقیقی و الکشف الحکمی.

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۷ الباب ۱۱ من أبواب میراث الأزواج الحدیث (۴).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج‌۲، ص: ۳۶۲

[و اما الثمرة بین الکشف الحقیقی و الحکمی]

و اما الثمرة بین الکشف الحقیقی و الحکمی (۱).

---

(۱) إذا وطأ المشتری الجاریة التی اشتراها من الفضولی قبل اجازة المالک فأولدها ثم أجاز الشراء مالکها فعلی القول بالکشف الحقیقی یکون الوطی المزبور حلالا واقعیا لوقوعه فی لملک واقعا کما انه حرام واقعا علی الکشف الحکمی و تکون الجاریة المزبورة أم ولد للمشتری علی الکشفین و هذا بناء علی الکشف الحقیقی ظاهر لحدوث الوطی فی الملک الواقعی للمشتری و علی الحکمی باعتبار انه بعد الإجازة یملک المشتری الجاریة حتی بالإضافة إلی الأزمنة السابقة و منها زمان الوطأ و احتمل (ره) عدم کونها أم ولد بذلک لان الاستیلاد لم یحدث فی الملک و ان حکم بملکیة الجاریة فی ذلک الزمان للمشتری و لکن لا یخفی ما فی الاحتمال من

الضعف فان مقتضى اعتبار الجارية ملكا للمشترى زمان الاستيلاد مقتضاه كون الجارية أم ولد.

و ذكر السيد الخوئى أطال اللّه بقائه انه لا يحكم على الأمة بناء على الكشف الحكمى بأنها أم الولد لان ظاهر ما دل على انها لا يباع أو غيره من الأحكام ترتبها على أمة يحدث استيلادها فى ملك الواطى و على الكشف الحكمى يكون الاستيلاد بقاء فى ملكه نظير ما شرع فى صلاته بقراءة سورة ثم تركها فى الأثناء بالعدول إلى سورة أخرى فإنه بالعدول و إتمام السورة الثانية و ان تكون الأولى زائدة الا انها لا تحسب زيادة فى الصلاة و لا تعمه قوله عليه السّلام من زاد فى صلوته فعليه إعادتها فان ظاهره احداث الزائد لا جعل الحادث سابقا زائدا فيما بعد.

أقول إذا فرض مبدء الملكية المجعولة هو الزمان السابق يكون الاستيلاد بحدوثه محكوما بوقوعه فى الملك لا محالة و لا يقاس بمسألة الزيادة فى الصلاة فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۶۳

و لو نقل المالك أم الولد عن ملكه (۱).

مبدء اتصاف القراءة السابقة بالزيادة من حين العدول إلى السورة اللاحقة نظير ما أخبر القائل بأنه يفعل كذا صباح الغد مع بنائه على الفعل المزبور ثم بدا له صباح الغد فلم يفعله يكون اتصاف الكلام المزبور بالكذب بحسب نظر المتكلم من حين البداء له بل يقاس بما إذا اغتسل المكلف بماء مشكوك طهارته أخذا بأصالة طهارته.

ثم بعد الاغتسال و الصلاة علم بان الماء المزبور كان متنجسا قبل الاغتسال و شك فى وقوع المطهر عليه قبل اغتساله فإنه لا إشكال فى ان الماء الى حين حصول هذا العلم و الشك كان محكوما بالطهارة و بعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالإضافة إلى حين الاغتسال بالنجاسة مع انه يلزم عليه طال بقاه الحكم بصحة الاغتسال و لا أقل بعدم وجوب قضاء صلاة صلاها بذلك الغسل لأنهما مقتضى قاعدة الطهارة السابقة أو أصالة عدم وجوب قضائها.

(۱) و حاصله انه لو اشترى الأمة فضولا فأولدها و نقلها مالكها عن ملكه ثم أجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقيقى يحكم ببطلان النقل المزبور و بصحة الشراء لأن الإجازة تكشف عن وقوع نقله فى ملك المشترى واقعا و يحتمل بطلان اجازة الشراء لان النقل سابقا بمنزلة رده الشراء المزبور و سيأتى ان من شرط نفوذ الإجازة عدم سبقها بالرد هذا على الكشف الحقيقى.

و على الكشف الحكمى فيحكم بصحة النقل المزبور و على المالك المجيز أداء عوض الأمة أى قيمتها إلى المشترى جمعا بين صحة النقل المزبور و بين المعاملة مع الجارية المزبورة بعد الإجازة معاملة ملك المشترى بالإضافة إلى الأزمنة الماضية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۶۴

....

و يكون المقام نظير ما إذا فسخ ذو الخيار العقد مع نقل المال عن ملكه قبل ذلك فان بعد فسخه عليه بدل المال جمعا بين نفوذ نقله و رجوع ذلك المال بالفسخ الى مالكه الأول.

و الحاصل ان ضابط الكشف الحكمى انه يترتب آثار الملكية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة بعد حدوث الإجازة فإن كان الجمع بين تلك الآثار و تصرف المالك قبل أجازته ممكنا فهو و الا كما إذا أتلف المالك المال حقيقة أو شرعا كالعتق بطلت الإجازة لفوات محلها و ان يحتمل الرجوع اليه بالبدل مع الإتلاف أيضا جمعا بخلاف الكشف الحقيقى فإنه بالإجازة ينكشف كون المال ملكا للغير واقعا من حين عقد الفضولى فيبطل كل تصرف من المالك لا حق بالعقد المزبور.

أقول مجرد تلف المال أو العتق لا يوجب التنافى بينه و بين اجازة عقد الفضولى فإنه بعد أجازته يرجع الأصيل إلى المالك المجيز

ببدل المال المتلف أو المعتق کما فی مسئلة البیع بشرط الخیار للمشتری فإنه إذا تلف المبیع فی ید المشتری أو أعتقه فیرجع إلیه البائع بعد الفسخ ببدل التالف أو المعتق بل التنافی بین الإجازة و التصرف من المالک المجیز یتصور فی موارد لا یکون فیها الرجوع الی المالک المجیز بالبدل کما إذا زوج الفضولی المرأة من زید ثم المرأة مع جهلها بالحال زوجت نفسها من عمرو فإنه لا یمکن الجمع بین نفوذ النکاح الثانی و اجازة النکاح الأول و فی مثل ذلک لا ینبغی الریب فی نفوذ النکاح الثانی و فساد النکاح الأول و ذلک فان النکاح الثانی بحصوله یعمه ما دل علی مشروعیة النکاح و نفوذه و مع هذا الشمول لا تفید إجازتها النکاح الأول حیث لا یمکن ان یعمل ذلک الدلیل بل یمکن ان یقال الأمر کذلک حتی علی الکشف الحقیقی لا لکون النکاح الثانی ردا للنکاح الأول

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۵

....

حیث نفرض وقوع النکاح الثانی غفلة عن النکاح الأول بل لأن الإجازة المصححة للنکاح الأول إجازة الخلیة لا اجازة ذات البعل.

و اما إذا لم یکن تصرف المالک المجیز منافیا لصحة عقد الفضولی بإجازته فقد یقال کما عن المصنف (ره) و غیره بأنه یجمع بین التصرف الثانی و عقد الفضولی بإجازته برجوع الأصیل إلی المالک المجیز ببدل ذلک المال نظیر رجوع من علیه الخیار إلی المشتری بعد فسخ الشراء ببدل المبیع التالف حقیقة أو حکما.

و لکن لا یخفی انه لا یمکن المساعدة علی الجمع بذلک فی المقام بل المتعین هو الالتزام بان تصرف المالک فی المبیع و نقله الی الغیر أو إتلافه یوجب ان لا- یبقی مورد للإجازة لا- لکون التصرف المزبور ردا فعلیا لعقد الفضولی لیقال بان تصرفه مع غفلته عن جریان العقد فضولا- علی ماله لا- یکون من الرد الذی من الإنشائیات و لا یحصل بدون القصد سواء کان بالفعل أو بالقول بل لان المعتبر فی الإجازة ان تکون موجبة لاستناد عقد الفضولی إلی المالک المجیز بان یصح ان یقال انه باع ماله أو آجره أو صالحه الی غیر ذلک و لا- تکون الإجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلک لان نفوذ ذلک التصرف یوجب کون المالک أجنبیا عن المال المزبور و لا تکون أجازته موجبة لان یقال انه باع داره و آجرها أو صالحها الی غیر ذلک.

و هذا هو السر فیما یأتی من ان من شرط الإجازة ان یکون المجیز مالکا للمال الذی جری علیه العقد فضولا لو لا أجازته و بتعبیر آخر المصحح لاستناد عقد الفضولی إلی المجیز بإجازته کونه مالکا للمال لولاها و المفروض انه مع التصرف المزبور لا- یکون مالکا لتکون جازته باعتباره مصححة للاستناد بل الأمر کذلک فی صورة تلف المال فان المال بعد تلفه فی ید مالکه لا یعتبر ملکا له و لا یقاس بما إذا اشتری متاعا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۶

[الثمرة بین الکشف و النقل]

و للشهید الثانی فی الروضة عبارة توجیه المراد منها (۱).

بشرط الخیار له و تصرف فی ذلک المال بالنقل أو تلف فی یده فإنه یکون له فسخ الشراء و یرجع البائع إلیه ببدل المبیع و ذلک فان الخیار حق له متعلق بالعقد الواقع و التصرف فی المبیع إذا لم یکن بقصد إسقاط الخیار لا یوجب سقوطه فیکون له فسخه و یتعین علیه بعد الفسخ دفع البدل و الإجازة فی المقام لیست من قبیل الحق المتعلق بالعقد و لذا لا یکون للمالک المجیز إسقاطها بل اعتبارها لکونها مصححة لاستناد عند الفضولی الیه و وجه التصحیح ما ذکرنا من کونه مالکا للمال لولا الإجازة.

فتحصل مما ذکرنا انه علی الکشف الحکمی یکون تلف المال أو تصرف مالکه بنقله الی الغیر أو عتقه موجبا لانقضاء مورد الإجازة

فیصح تلک التصرفات و یلغو عقد الفضولی.

بل یمکن ان یقال ان الحال کذلک حتی علی الکشف الحقیقی فإن المعقول منه هو الالتزام بکون الإجازة شرطا متأخرا أو ان الشرط تعقب العقد بالإجازة و ما هو شرط متأخرا و لحوقه شرط هی اجازة المالک لولاها لا مجرد اجازة المالک حال العقد و یأتی بقیة الکلام فی ذلک فی بحث اشتراط کون المجیز مالکا.

(۱) قال فی الروضة و تظهر الفائدة یعنی فائدة القولین الکشف و النقل فی النماء فان جعلناها کاشفة فالنماء المنفصل للمبیع المتخلل بین العقد و الإجازة للمشتری و نماء الثمن المعین للبائع و لو جعلناها ناقلة فهما للمالک المجیز انتهی.

و ذکر المصنف (ره) ان توجیه المراد من هذه العبارة بأن تحمل هذه العبارة علی خلاف ظاهرها اولی من الأخذ بظاهرها و التکلف فی تطبیق ذلک الظاهر علی القواعد و توضیح ذلک ان نماء المبیع المتخلل بین العقد و الإجازة للمشتری و نماء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۷

و منها ان فسخ الأصیل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل (۱).

عین الثمن للبائع علی الکشف الحقیقی أو الحکمی و النماء المزبور یکون للمالک الأصلی علی النقل و مراد الشهید من المالک المجیز هو المالک الأصلی الشامل لمالک المبیع و مالک الثمن مع فرضه الفضولیة فی العقد من الطرفین فیصح ان یقال انه بناء علی النقل یکون نماء کل من المبیع و الثمن للمالک المجیز ای لمالکهما الأصلی و هذا الحمل اولی من الأخذ بظاهرها بان یقال إذا کان العقد فضولیا من طرف البائع مثلا یکون نماء المبیع و الثمن له علی النقل اما نماء المبیع فظاهر حیث ان المبیع لا یخرج عن ملکه قبل الإجازة علی الفرض و اما نماء الثمن له فلان الأصیل بإقدامه علی المعاملة الفضولیة قد رفع یده عن الثمن و عن نمائه من حین العقد.

و الاولی المذکور فی کلام المصنف (ره) من قبیل الاولی فی آیة إرث اولی الأرحام و ذلک فان تعلیل ظاهر کلام الشهید الثانی بما ذکر ضعیف غایته و مجرد إقدام المشتری الأصیل علی المعاملة الفضولیة لا یوجب خروج الثمن عن ملکه حین العقد حتی یتبعه نمائه بل قد لا یعلم المشتری بأن البیع من البائع المزبور فضولی.

(۱) یعنی إذا فسخ الأصیل العقد ثم اجازه المالک فعلی الکشف الحقیقی یحکم ببطلان فسخ الأصیل فإنه بناء علیه یعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد بخلاف ما إذا قیل بالنقل فإنه بناء علیه یحکم ببطلان الإجازة و کونها لغوا لان لکل من المتعاقدین إلغاء إنشائه قبل تمام العقد جزءا أو شرطا بالإجماع.

أقول ینبغی ان یذکر هذه ثمرة بین الکشف الحقیقی المبنی علی کون الشرط فی تمام العقد تعقبه بإجازة المالک و بین غیره سواء قیل بالنقل أو بالکشف الحکمی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۸

....

أو الحقیقی المبنی علی کون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا فإنه بناء علی جمیع ذلک یکون تمام العقد بنفس الإجازة فیکون الفسخ المزبور قبل تمامه فلا تفید الإجازة بعده.

و لکن نوقش فی الثمرة کما تعرض لها المصنف (ره) بما حاصله انه لا اثر لفسخ الأصیل و انه یتم العقد بلحوق الإجازة علی الکشف و النقل و ذلک فان العقد سبب للنقل مع حصول شرطه و الشرط فی المقام بناء علی النقل أو الکشف علی بعض فروضه هی الإجازة و إذا حصلت یترتب الأثر علی العقد السابق لتمام السبب معها و ترتب الأثر علی تمام السبب من أحکام الوضع یعنی غیر موقوف علی إرادة أحد المتعاقدین لیکون فسخه موجبا لبطلان هذا الترتب و لکن المناقشة ضعیفة لان من شرط صحة العقد و ترتب الأثر علیه عدم

تخلل الفسخ قبل تمام السبب و مع تخلل الفسخ كما ذكر لا يتم العقد بشرطه ليترتب عليه أثره.

اللهم الا ان يمنع عن هـذا الاشتراط بعـدم ثبوت الإجماع المـدعى و مقتضـى الإطلاقات عدم اعتباره. مثلا إذا أنشأ البائع البيع و فسخه قبل قبول المشترى أو قبل حصول شرطه، فمقتضى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بطلان الفسخ المزبور.

و ذكر النائينى (ره) انه فرق بين فسـخ الإيجاب قبل القبول و بين الفسـخ بعـد الإيجاب و القبول و قبل حصول سائر الشـرائط فإن فسـخ الإيجـاب قبـل القبول لاـ بـأس به حيث لاـ يتم عنوان العقـد الاـ بعـد القبول بخلاف الفسـخ بعـد الإيجاب و القبول و قبل حصول سائر الشرائط فإن الفسخ المزبور غير جائز كما هو مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

نعم إذا قام فى مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول سائر الشرائط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۶۹

....

أيضـا يلتزم به كما فى الهبـة و الوقف قبل القبض و اما مع عـدم قيامه فمقتضـى خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وجوب إنهاء العقـد و عـدم جواز فسـخه و هـذا حكم تكليفى انحلالـى يتعلق بكـل من البـائع و المشترى و ليس من النقـل و الانتقال الـذى من قبيل الحكم الوضـعى و الحكم التكليفى المزبور يترتب على العقد و ان لم يترتب عليه الحكم الوضعى باعتبار عدم حصول بعض الشرائط و الإجازة فى المقام شرط للحكم الوضعى حيث لا يحصل النقل و الانتقال بدون حصولها.

و الحاصل وجوب الوفاء و عـدم جواز الفسخ موضوعه العقـد الـذى يحصل بالإيجاب و القبول و على ذلك فلا يجوز للأصـيل فسـخ العقـد قبـل اجـازة المالك المجيز سواء قيل بأن إجازته كاشـفة عن تمام العقـد قبله أو قيل بالنقل و لا يقاس الفسـخ على القول بالنقل بفسخ الموجب إيجابه قبل قبول المشترى.

أقول وجوب الوفاء بالعقود لا يمكن ان يكون حكما تكليفيا بالإضافة إلى مثل البيع و الإجازة من المعاملات، فان الوفاء بالعقد بمعنى عدم فسخه لإيراد من تحريمه حرمة مجرد التكلم بلفظ فسخت و نحوه مع قصد انحلال العقد مع بقاء العقد بحاله فتحريم الفسخ يمكن فيما إذا كان الفسـخ مقـدورا و حاصـلا بالإنشاء المزبور و إذا فرض حصول الفسخ فى موارد حرمته لا يكون خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دالا على لزومها و عدم انحلالها بالفسخ كما يتمسك هو (ره) و غيره بالخطاب المزبور لا ثبات لزوم المعاملات فالمتعين ان يكون وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى مثل البيع حكما وضـعيا و إرشادا إلى لزومها و من الظاهر ان العقد المحكوم باللزوم فى مثل البيع و الإجارة ممـا يكون من العهـد المشـدود هو العقـد المنتسب الى المـالكين و مـا لم تحصـل الإجـازة لم يتحقق ذلك العهـد و لا يترتب الحكم باللزوم سواء قيل بأن الإجازة ناقلة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۰

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل (۱).

أو كاشفة بكشف حكمى أو حقيقى بمعنى كون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا.

نعم إذا قيل بعـدم كون الإجازة بنفسـها شـرطا بل الشـرط تعقب العقـد بالإجازة فيمكن ان يقال انه لا يكون لفسـخ الأصـيل أثر لوقوع ذلـك الفسـخ بعـد تمـام العقـد لان وصف التعقب يحصل للعقـد من حين إنشائه فتحصل عما ذكرنا ان مع تخلل الفسـخ بين العقـد و الإجازة لا تحصل بالإجازة عنوان العقد المشدود المنسوب الى المالكين نظير تخلله بين إيجاب مالك المبيع و قبول المشترى بل الأمر كـذلك فيما إذا تخلل الفسـخ بعـد حصول العقد المشدود و قبل حصول بعض الشـرائط المعتبرة فى ترتب الأثر على ذلك العقد كما إذا فسخ البائع بيع الصرف قبل حصول القبض فى المجلس فان الحكم على العقد باللزوم باعتبار مدلوله الممضى شرعا و ما لم يحصل

إمضاء مدلوله بحصول ذلك الشرط لا يحكم عليه باللزوم و إذا حصل الفسخ قبل حصوله لا يحصل العقد المشدود بحصول الشرط لان المفروض إلغائه قبل حصوله.

(۱) هذه أيضا ثمرة بين القول بالكشف الحقيقى و بين غيره من النقل و الكشف الحكمى فإنه بناء على النقل أو الكشف الحكمى يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و لو بتصرف ينافى انتقال المال عنه و ذلك فان المال بناء عليهما قبل الإجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفا و وضعا فلو باع جارية من فضولى فللبائع الأصيل وطيها قبل الإجازة و ان استولدها صارت أم ولد فيفوت محل الإجازة باعتبار انه لا يجوز بيع أم الولد و كذا إذا زوجت نفسها من آخر فضولا يجوز لها التزويج من غيره و يخرج نكاح الفضولى عن جواز لحوق الإجازة به الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۱

....

و الحاصل انه بناء على النقل و الكشف الحكمى لا يحصل تمام الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد قبل الإجازة ليمنع وجوبه على الأصيل عن ترتيب آثار بقاء ملكه فلا يصح ما يظهر من المحقق الثانى من عدم جواز هذا النحو من تصرف الأصيل حتى بناء على النقل حيث ذكر فى بيع العين بالثمن المغصوب انه لا يجوز تصرف البائع الأصيل و لا المشترى الغاصب فى تلك العين لاحتمال حصول الإجازة سيما على القول بالكشف انتهى.

و ربما يقال بجواز التصرفات للأصيل ظاهرا حتى على الكشف باعتبار انه لا يعلم حصول الإجازة و انتقال المال عنه واقعا و مقتضى أصالة عدم انتقاله و بقائه فى ملكه جوازها.

نعم حصول الإجازة فيما بعد كاشف عن بطلان تلك التصرفات فيأخذ المالك المجيز العين مع بقائها و بدلها مع تلفها.

و لكن منع المصنف (ره) عن ذلك و ذكر انه بناء على الكشف أى الحقيقى منه لا يجوز للأصيل التصرف المنافى للإجازة حتى مع علمه بعدم حصول الإجازة و ذلك فإنه بناء على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء و هو نفس العقد حاصلا فيجب على الأصيل الوفاء به و هذا الوجوب يمنعه عن ترتيب آثار بقاء الملك الى ان يحصل الرد من المالك المجيز حيث يكون إلغاء العقد و إبطاله برده فقط.

لا- يقال كيف لا يجوز الأصيل التصرف فى المال المحتمل بقائه فى ملكه و لا يجوز له التصرف فى المال الآخر مع أنه لو لم يجز له التصرف فى الأول واقعا لجاز التصرف فى الآخر بمقتضى المبادلة بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۲

....

فإنه يقال لا يجوز له التصرف المنافى فيما كان ملكا له كما لا يجوز له التصرف فى المال الآخر مطلقا و ذلك فان العقد الموضوع لوجوب الوفاء به و ان كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالإيجاب و القبول الا ان التكليف بالوفاء قرينة على ان المراد هو العهد على نفسه و ما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله الى ملك المشترى أى صاحب الثمن و التكليف بالوفاء به يمنعه عن التصرف فى ماله بما ينافى الإجازة المتوقعة و التصرف فى المال الآخر لا يعمه وجوب الوفاء و لا يناسبه حيث انه لا يكون من العهد على نفسه.

لا يقال قد تقدم جواز هذه التصرفات للأصيل بناء على النقل و الكشف الحكمى مع ان العهد على نفسه موجود عليهما أيضا.

فإنه يقال قد مر ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناء على الكشف الحقيقى فلا يجوز للأصيل نقضه بخلاف النقل أو الكشف الحكمى فإن الموضوع له لا- يكون العقد فقط بل العقد مع قيد الإجازة حتى لو قيل فى تصحيح الكشف الحقيقى بكون

الشرط تعقبه بالإجازة و يجب الوفاء به مع الشرط المزبور لكان مقتضى أصالة عدم حصول الشرط في صورة الشك في الإجازة جواز التصرف ظاهرا بخلاف ما لو قيل بأن الإجازة في المستقبل كاشفة عن كون العقد من الأول تمام الموضوع لوجوب الوفاء.

لا يقال انتقال المال عن الأصيل و دخوله في ملك الآخر و ان كان عهدا على نفسه الا انه مشروط بحصول أمر و هو انتقال الثمن عن الآخر إليه بإزاء ماله و لا يعلم هذا الشرط غالبا لاحتمال عدم حصول الإجازة فيكون المقام نظير النذر المشروط في ماله حيث ذكروا أنه يجوز للناذر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۳

....

فإنه يقال فرق بين النذر المشروط و المقام فان العهد في باب النذر كما هو قضية الشرطية في قول الناذر معلق و مراعى بخلاف المقام حيث يكون احتمال الإجازة و انتقال المال اليه داعيا له الى تمليك ماله بإزاء المال الآخر كما هو ظاهر قول البائع بعتك هذا المال المزبور بذلك فلا يكون حصول الشراء من الآخر و لو احتمالا شرطا و تقديرا في الإيجاب المزبور.

أقول ما ذكر (ره) من انه على الكشف لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع إحرازه عدم الإجازة مستقبلا بدعوى ان وجوب الوفاء بالعقد يمنعه عن التصرف المزبور ضعيف و ذلك فان كون الإجازة كاشفة عن الملكية و تعلق الوفاء بالعقد من الأول مرجعه الى اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر بأن يكون الموضوع لوجوب الوفاء و هو العقد، له قيد و ظرف تحقق ذلك القيد، هو الاستقبال و إذا لم يحرز حصولها في المستقبل فأصالة عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الأصيل في ماله و لو حصلت بعد ذلك تكون كاشفة عن بطلان ذلك التصرف و وقوعه على ملك الغير كما مر.

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في القواعد من ترتب أحكام المصاهرة على التزويج فضولا هذا أولا.

و ثانيا ان وجوب الوفاء بالعقد اما تكليف بعدم جواز نقضه عملا بان يتصرف في المال الذي ملكه الغير و هذا التكليف من جهة حرمة التصرف في مال الغير و الإمساك به و لا يكون الا بعد حصول الملكية لذلك الغير و اما إرشاد إلى لزوم العقد و عدم نفوذ فسخه و الموضوع في اللزوم و عدم لزوم الفسخ هو العقد المنسوب الى المالكين الذي لا يحصل الا بعد الإجازة و بعبارة أخرى وجوب الوفاء حتى على القول بكونه تكليفا انحلاليا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۴

....

يعم كلا من الأصيل و المالك الآخر و يكون الموضوع لحكم كل منهما العقد المنسوب إليهما فقبل اجازة الطرف الآخر لا يتم الموضوع حتى في حق الأصيل و على ذلك فيجوز لكل منهما التصرف المنافي قبل الإجازة بل يجوز لهما التصرف المنافي بعد تمام الإيجاب و القبول المنتسبان المالكين و قبل حصول تمام شرائط صحته كالتصرف في بيع الصرف و السلم قبل القبض و ذلك فان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ظاهره لزوم العقد و عدم جواز نقضه بعد الفراغ عن تمامه فما لم يحصل الشرط المعتبر فيه فلا يتم العقد.

لا يقال على ذلك لا يمكن الحكم بلزوم العقد فيما إذا لم يكن في البين خطاب آخر دال على تمامه و إمضائه حدوثا مثلا مقتضى قوله أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ ظاهره إمضاء كل بيع فيمكن عند الشك في لزوم بيع و جوازه كالمعاطاة التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقود و الحكم بلزومها و اما إذا لم يكن خطاب على إمضاء عقد فلا يمكن التمسك المزبور.

و الحاصل يلزم على ما ذكر ان لا يصلح خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ للتمسك به في صحة عقد و فساده.

فإنه يقال لا بأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لا ثبات صحة عقد و لزومه فان الموضوع لوجوب الوفاء و إن كان هو العقد التام الا

ان المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء كما ان الموضوع للحلیة فی خطاب حل البیع هو البیع بحسب اعتبار هم حیث انه لیس للعقد و البیع حقیقة شرعیة و إذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوما باللزوم یكون محكوما بالصحة أیضا لا محالة.

غایة الأمر إذا ثبت شرط لتمام العقد شرعا كاعتبار القبض فی بیع الصرف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۵

إلا إذا فسخت علی اشكال فی الأم (۱).

یكون ذلك تقییدا لموضوع وجوب الوفاء و لو بلسان الحكومة بمعنی ان تمام العقد فی مورده یكون بعد القبض.

و المتحصل مما ذكرنا انه یجوز للأصیل التصرف فیما انتقل عنه علی النقل و الكشف الحكمی و یخرج عقد الفضولی مع التصرف المنافی عن القابلیة للحوق الإجازة و لا یجوز علی الكشف الحقیقی سواء كان الشرط تعقب بالإجازة أو نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر فیما إذا علم الإجازة فیما بعد و اما إذا لم یعلم یكون جواز التصرف حكما ظاهریا.

و اما الفسخ فیجوز للأصیل سواء كان قولیا أو فعلیا حتی علی الكشف الحقیقی الذی یلتزم فیه بكون الإجازة شرطا متأخرا كما تقدم.

لا یقال كیف یمكن علی الكشف استصحاب عدم الإجازة و الحكم للأصیل بجواز تصرفه فیما انتقل عنه و لو بما ینافی الإجازة مع ان المستفاد من صحیحة عبیدة الحذاء المتقدمة الإمرة بعزل حصة المزوجة فضولا من زوجها المتوفی عدم الاعتبار باستصحاب عدم الإجازة.

فإنه یقال المستفاد من الصحیحة المشار إلیها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجویز تصرف سائر الورثة فی جمیع التركة و اما عدم الاعتبار به بالإضافة إلی تصرفات الأصیل فی نكاح الفضولی فضلا عن تصرفات الأصیل فی سائر العقود فلا دلالة لها علیه كما لا یخفی.

(۱) یعنی یجوز للمباشر أی للأصیل نكاح الخامسة و أخت المنكوحة فضولا و أمها بعد رد المنكوحة و لكن فی جواز نكاح أمها إشكال و وجه ان نكاح البنت

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۶

و فی الطلاق نظر (۱).

فی زمان ما و لو مع عدم الدخول بها كاف فی حرمة أمها إلی الأبد بخلاف نكاح الخامسة أو نكاح أخت المنكوحة فإن حرمة الخامسة أو الأخت ما دام زوجاته الأربع أو الأخت فی حباله و مع رد المنكوحة فضولا لا یكون دخول كما انها تخرج عن حباله فلا یحرم علیه بنتها.

(۱) یعنی لوارد الزوج الأصیل طلاق المنكوحة فضولا قبل إجازتها أوردها لیجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة أو التزویج بأختها أو بنتها أو أمها ففی الطلاق المزبور اشكال حیث انها إزالة علقة الزوجیة فیكون بعد تمام النكاح لا قبلها نعم لو كان النكاح فضولیا من ناحیة الزوج دون الزوجة فلا یجوز للزوجة نكاح نفسها من شخص آخر قبل رد الزوج أو إجازته و لو أراد الزوج المزبور طلاق الزوجة المزبورة فلا إشكال فی صحته لان طلاقه كاشف عن أجازته النكاح فیكون الطلاق بعد تمام النكاح و حصول الزوجیة كما لا یخفی.

بقی الكلام فی مسئلة النذر المشروط فنقول ان كان الشرط المفروض فیه قیدا لأصل النذر و التعهد كما إذا قال ان جاء ولدی من سفره فلله علی التصدق بمالی هذا فلا ینبغی الإشكال فی جواز تصرف الناذر فی نذره قبل حصول الشرط لانه ما دام لم یحصل الشرط لم یجب علیه التصدق بالمال المزبور حتی لا یجوز ضده الخاص و بعد حصوله لا یكون التصدق المزبور مقدورا حتی یجب علیه من غیر فرق بین ان یكون حال التصرف عالما بحصول الشرط فیما بعد أو عدمه و دعوی عدم جواز التصرف قبل حصول الشرط

مع العلم بحصوله مستقبلا لكونه تفويتا لملاك ملزم لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا طريق لنا الى تحصيل العلم بالملاك الملزم غير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۷

....

الأمر بالفعل و مع عدمه قبل حصول الشرط كما هو الفرض لم تصح دعوى تفويته و بتعبير آخر يكون التصدق بالمال المزبور نظير سائر الواجبات المشروطة أو الموقتة فى عدم وجوب حفظ القدرة عليها قبل حصول الشرط و الوقت.

و ان كان الشرط قيدا للمنذور بان كان النذر فعليا و التقدير للمنذور نظير الواجب المعلق كما إذا قال اللّه على التصدق بمالى هذا عند مجيء ولدى يكون وجوب الوفاء بالنذر فعليا و مقتضى فعليته إبقاء المال مع العلم بحصول الشرط و اما إذا احتمله لم يجب عليه الا بقاء بل يجوز التصرف أخذا بأصالة عدم حصول الشرط فان القيد الاستقبالى فى الواجب المعلق على ما هو التحقيق يرجع الى شرط الوجوب بنحو الشرط المتأخر و أصالة عدم حدوثه فى ظرف يثبت عدم وجوب ذلك الفعل نعم إذا كان فى هذه الصورة و فى الصورة السابقة قصد الناذر إبقاء المال الى زمان يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده.

ثم انه إذا تصرف فى المال المنذور بما ينافى الوفاء بالنذر فان كان فى موارد جوازه فلا إشكال فى صحة ذلك التصرف و نفوذه و اما إذا تصرف فيه فى مورد كون وجوب الوفاء فعليا أو لزم إبقاء المال يكون التصرف المنافى غير جائز تكليفا لا لحرمة نفسه لعدم اقتضاء الأمر بالنذر النهى عنه بل باعتبار ترك الوفاء بالنذر معه و لكن المعاملة نافذة وضعا لأن النهى عن معاملة لا يقتضى فسادها فضلا عما إذا لم يتعلق بها نهى كما ذكرنا و دعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال أو لعدم التمكن على تسليم ذلك المال الى الطرف مع وجوب الوفاء بالنذر لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا يوجب النذر حقا للمنذور له بالإضافة إلى المال و لذا لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر بإسقاط المنذور له مع انه لا دليل على ان تعلق كل حق بالمال يمنع عن التصرف فيه فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۸

ثم ان بعض متأخرى المتأخرين (۱).

ما فى كلمات الأصحاب فى شرائط العوضين كون ملكهما طلقا تعبير عن موارد خاصة قد تعلق النهى فيها بالبيع كما فى بيع الوقف و أم الولد و نحوهما فلا- يجرى فى موارد لم يكن فيها ذلك النهى و انه بعد التصرف لا مانع من شمول خطابى حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف لسقوط وجوب الوفاء بالنذر بخروج المال عن ملك الناذر كما هو مقتضى الخطابين.

و الحاصل ان القدرة على التسليم المعتبرة فى ظرفه و هو تمام المعاملة حاصل فى المقام أيضا لأن تسليم المال المنذور الى مشتريه كبيعه منه لا- يكون فى نفسه محرما و انما الحرام ترك الوفاء بالنذر و لذا لا يفرق فى فرض ترك الوفاء بالنذر بين ان يبيع المال من الغير و يسلمه إليه أو ان لا- يبيع أصلا بل لو كان بيعه حراما كما إذا حلف على ترك بيعه لم يكن حرمة البيع تكليفا موجبا لفساده و انتفاء القدرة على تسليمه فإنه يكفى فى صحة البيع التمكن على التسليم و لو بنفس إنشاء البيع و إمضائه كما لا يخفى.

(۱) حكى عن كاشف الغطاء انه ذكر ظهور الثمرة بين القول بالكشف و النقل فى موارد: الأول- ما إذا خرج أحد المتبايعين و نفرضه الأصيل بعد العقد و قبل الإجازة عن قابلية كونه مالكا لموته أو عروض الكفر كما إذا ارتد سواء كان ارتداده عن فطرة أو غيرها مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح على الكشف دون النقل و كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا قيد للارتداد غير الفطرى فقط و كان المرتد الفطرى لا يملك شيئا بعد ارتداده و ينتقل أمواله التى كانت له قبل ارتداده الى ورثته فخروجه عن قابلية كونه مالكا يعم كل مبيع و اما المرتد غير الفطرى فلا يملك العبد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۹

....

المسلم و المصحف و يملك سائر الأموال و احتمال رجوع القيد الى مطلق الارتداد ضعيف و الا لكان الأنسب أن يقول بعروض كفر كما إذا ارتد مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا لا كون عدم القابلية لتملك المصحف أو العبد المسلم من أحكام الكفر معروف فلا حاجة الى التصريح بالتعميم لقسمى الارتداد فالتصريح بالتعميم قرينة على التفصيل المزبور.

و لكن ذكرنا فى كتاب الإرث ان غاية ما دلت عليه الروايات انتقال أموال المرتد الفطرى إلى ورثته بارتداده و اما ما يملك و يكسبه بعد ارتداده فلا دلالة لها على حكمه و مقتضى عموم أدلة إمضاء المعاملات و إطلاقاتها جواز التكسب له وضعا و تكليفا كسائر الناس.

ثم ان بطلان البيع على النقل فى فرض موت الأصيل مختص بما إذا كان العوض كليا بذمته و الا فلو كان كلا العوضين عينا خارجية يكون العقد قابلا للإجازة غاية الأمر على الكشف تثبت المعاملة لمن كان مالكا حال العقد و على النقل تقع على ملك الورثة فتحتاج إلى إجازتهم و كذا الحال فى الخروج عن القابلية بالارتداد الفطرى فإنه إذا كان الثمن كليا بذمته يصح البيع له بناء على كون الإجازة كاشفة و لا يمكن ان يصح له و لا للورثة على النقل بخلاف ما إذا كان العوض عينا خارجية فإنه يكون معه البيع بناء على النقل فضوليا حتى بالإضافة إلى الورثة فيحتاج إلى إجازتهم.

نعم لا يعتبر كون الثمن كليا على العهدة فى غير الفطرى لأن الثمن الشخصى لا ينتقل بارتداده الى ورثته فيكون بيع المصحف منه بإزاء الثمن المزبور غير قابل للإجازة على مسلك النقل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۸۰

ربما يعترض على الأول بإمكان ظهور الأدلة (۱).

المورد الثانى ما إذا خرج أحد العوضين بعد العقد و قبل الإجازة عن قابلية المعاملة عليه فبناء على الكشف يصح البيع السابق بالإجازة حيث يثبت الملك بالإضافة إلى زمان كان فيه العين قابلة له بخلاف مسلك النقل.

و الثالث ما إذا طرء القابلية على أحد العوضين أو على أحد المتبايعين بعد ما كان غير قابل فى زمان العقد كما إذا أسلم الكافر الذى اشترى العبد المسلم أو المصحف حال كفره فإنه يصح بالإجازة على النقل دون الكشف و مثل ذلك ما إذا قارن العقد فقد بعض شرائط الصحة و تجدد الشرط المزبور قبل الإجازة.

(۱) المعترض هو صاحب الجواهر (ره) فإنه اعترض على الثمرة فى الموارد الثلاثة بأنه يحكم ببطلان البيع فيها على كلا المسلكين اما فى المورد الأول فإن ظاهر الأدلة اعتبار استمرار قابلية الأصيل للتملك الى حين الإجازة لتكون كاشفة عن حصول المالك له من حين العقد الى حينها و اما فى المورد الثانى فإنه يعتبر ايضا بقاء العوضين قابلا للملك الى حين الإجازة حيث يعتبر فى اجازة المالك ان يكون مالكا لو لا الإجازة و مع خروج المال عن قابلية الملك لا تكون الإجازة عن المالك المزبور و اما فى المورد الثالث فان العقد المزبور غير قابل للإجازة على الكشف و النقل لفقد شرط صحة العقد مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف و كون إنشاء العقد فى مورد غير قابل له على النقل.

و تسلم المصنف (ره) الاعتراض على المورد الثالث و منعه فى الأولين حيث قال فى المورد الأول انه ليس فى البين ما يدل على اعتبار بقاء قابلية المتبايعين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۸۱

....

للمالکیة إلی حین الإجازة بل الأمر بالعکس فان بعض الروایات ظاهرة و بعضـها صریحة فی عدم اعتبار بقاء القابلیة و المراد من بعض الروایـات الظاهرة ما ورد فی اتجار العامل فی المضاربـة بغیر متاع اشترط مالک رأس المال الاتجار به حیث لم یستفصل فیها بین بقاء الطرف فی تجارة العامل علی الحیاة حین الإجازة و عـدمه و نحوها ما ورد فی الاتجار بمال الیتیم و مراده من بعض الصـریح روایة ابن أشیم الواردة فی العبد المأذون الذی اشتری أباه و أعتقه و یدل علی عدم الاعتبار فحوی الخبر الوارد فی تزویج الصغیرین و ذلک فان کلا من الزوجین فی النکاح کالعوضـین و البیع رکن و إذا دلت الروایـة علی عـدم اعتبار بقاء الرکن الی حین الإجازة کان عدم اعتبار بقاء المتبایعین علی القابلیة أولی لعدم کونهما رکنین فی البیع.

و ایضا یدفع اعتبار کون الإجازة کاشـفة عن تملک المتملک و اسـتمراره الی حین الإجازة ما ذکروه فی مسئلة ترتب العقود علی مال المالک من ان اجازة السابق من العقود تکون موجبة لصـحته و صحة اللاحق فان تملک الأول فی الفرض المکشوف عنه بالإجازة غیر باق الی حینها کما هو مقتضی صحة العقود المترتبة علیه.

أقول یمکن ان یقال دعوی صاحب الجواهر اعتبار بقاء الأصیل علی قابلیة المالکیة لتکون الإجازة کاشفة عن تملکه المال المنقول الیه و اسـتمرار ذلـک التملـک الی حینهـا لو لاـ نقله الی الغیر و فی فرض ترتب العقود علی مال المجیز یکون عـدم البقاء لنقل الأصـیل لا لسقوطه عن قابلیة المالکیة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۲

الذی یصلح ردا لما ذکر فی الثمرة الثانیة (۱).

مضافا الی إطلاق روایة عروة (۲).

---

(۱) الموصول مع صـلته وصف لخبر تزویـج الصـغیرین لا للفحوی یعنی الخبر المزبور صالح لرد ما ذکر صاحب الجواهر فی اعتراضـه علی الثمرة فی المورد الثانی و وجه صـلاحه له أن الزوجین فی عقد النکاح بمنزلة العوضـین فی عقد البیع و إذا دل الخبر المزبور علی صحة النکاح بالإجازة فی فرض خروج أحدهما بالموت عن قابلیة الزواج کان مقتضاه صحة البیع أیضا بالإجازة فی فرض خروج أحد العوضین عن قابلیة الملک بالتلف و نحوه.

(۲) و هـذا وجه ثـان لرد مـا ذکر صـاحب الجواهر (ره) فی اعتراضه علی الثمرة الثانیـة من اعتبـار بقاء العوضـین علی المالیـة إلی حین الإجازة و وجه الرد ان إطلاق روایـة عروة البارقی یعنی عـدم اسـتفصال النبی صـلّی اللّه علیه و آله منه حین أجازته عن بقاء الشاة التی باعها عروة بدینار واحد أو تلفها دلیل علی عدم اعتبار بقائها حال الإجازة.

أقول ما ذکر (ره) من ظهور بعض الروایات و صـریح بعضـها الأخری غیر تام و لا دلالـة کما تقـدم فی ما ورد فی المضاربـة و الاتجار بمـال الیتیم علی حکم بیع الفضولی أصـلا کمـا ان روایـة ابن أشـیم المفروض فیهـا دفع المال الی العبـد المأذون لم یفرض فیها موت الأصـیل الـذی هو مولی العبـد المعتق بالفتـح و لا موت المالک المجیز الـذی هی الورثـة و اما الدافع فلم یکن طرفا فی عقد الفضولی أصلا.

و روایـة عروة البارقی واردة فی قضـیة خاصـة فلعل النبی صـلّی اللّه علیه و آله کان یعلم بقاء الشاة المبیعة فضولا و لبعد تلف الشاة فی تلک المدة القصیرة و خبر تزویج

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۳

....

الصغیرین باعتبار تضمنه لحکم تعبدی و هو لزوم الحلف علی المجیز بان إجازتها لا تکون لأجل المیراث غیر صالح للتعدی منه الی غیر مورده فضلا إلی سائر العقود.

ثم انه اعترض النائینی (ره) علی الثمرة فی المورد الثانی بأنه یحکم بفساد عقد الفضولی و عدم صحته بالإجازة سواء علی الکشف أو النقل اما علی النقل فظاهر و اما علی الکشف فإنه مقتضی فساد البیع بتلف المبیع قبل القبض و لکن لا یخفی ما فیه فان تلف أحد العوضین قبل الإجازة لا یلازم کونه قبل القبض حیث یمکن کون العین المبیعة فضولا عند مشتریها بنحو العاریة أو إجارتها من مالکها ثم اشترائها من بائعها فضولا و تلفها قبل اجازة مالکها و یصح هذا الشراء بإجازته علی الکشف دون النقل.

فقد تحصل من جمیع ما تقدم انه لا یمکن الأخذ بالأخبار الخاصة فی إثبات الثمرة فی الموارد الثلاثة المتقدمة أو عدم ثبوتها و الصحیح انه یمکن إثبات الثمرة بین النقل و الکشف فی الموردین الأولین بالأخذ بإطلاق حل البیع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان مقتضاهما تمام بیع الفضولی بالإجازة علی الکشف الحقیقی و لا یمکن تصحیحه بها علی النقل و الکشف الحکمی لأن مع سقوط الأصیل عن قابلیة المالکیة لا یمکن جعل الملکیة له حال الإجازة و لو کان مبدء الملکیة من السابق و کذا فی صورة سقوط الشیء عن قابلیة الملک.

و بتعبیر آخر الموضوع للحلیة أو وجوب الوفاء هو البیع و العقد المنتسب الی المالکین و مع سقوط الأصیل عن صلاحیة الانتساب أو سقوط أحد العوضین عن المالیة لا یکون حال اجازة العقد المنتسب إلیهما أو تملیک مال بعوض و اما المورد الثالث فالثمرة غیر تامة بإطلاقها فإنه لا یعتبر فی جمیع الشروط حصولها من حین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۴

بظهور الثمرة فی تعلق الخیارات (۱) و حق الشفعة (۲) و احتساب مبدء الخیارات (۳).

العقد بل الشرائط مختلفة و یکفی فی بعضها حصولها بعد العقد فلا بد من ملاحظة اعتبار کل منها سواء قیل بالنقل أو الکشف.

(۱) کما إذا تغیرت القیمة السوقیة أو تعیب المبیع بعد العقد و قبل الإجازة و لم یعلم به المشتری الأصیل حتی أجاز المالک فإنه علی النقل یثبت له خیار الغبن أو خیار العیب لکون المبیع عند تحقق البیع معیوبا أو مشتریه مغبونا بخلاف القول بالکشف الحقیقی بمعنی کون الشرط فی تمام البیع تعقبه للإجازة کما لا یخفی.

(۲) کما إذا باع الفضولی نصف الأرض المملوکة للغیر من زید بنحو المشاع ثم باع مالکها نصف تلک الأرض من آخر ثم أجاز بیع الفضولی فإنه بناء علی مسلک الکشف لا یثبت حق الشفعة لمن اشتری نصفها المشاع من مالکها حیث ان تملک المشتری من البائع الفضولی نصف الأرض کان قبل تملکه بل یثبت حق الشفعة للمشتری من البائع الفضولی بخلاف القول بالنقل فإنه علیه یثبت الشفعة للمشتری من المالک.

(۳) اما خیار الحیوان فإن مبدأه علی النقل حین الإجازة لأن مشتری الحیوان یصبر حینها صاحبا له بخلاف الکشف الحقیقی فإن کونه صاحبه من زمان العقد و اما مبدء خیار المجلس أو القبض المعتبر فی بیع الصرف أو السلم فبناء علی ان الإجازة شرط متأخر یکون تحقق البیع بشرائطه حین الإجازة کما هو الحال علی النقل و الکشف الحکمی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۵

و الایمان و النذور (۱) ان الخلاف فی کون الإجازة کاشفة أو ناقلة لیس فی مفهومها اللغوی (۲)

و الحاصل أن مجلس البیع أو القبض مجلس حصول الإجازة الا علی الکشف الحقیقی بمعنی کون الشرط فی تمام البیع هو تعقبه للإجارة فإنه علی ذلک الکشف یکون مجلس البیع مجلس العقد کما لا یخفی.

(۱) فإنه إذا حلف المشتری الأصیل التصدق بالمبیع قبل الإجارة ثم أجار المالک فإنه یبطل الحلف المزبور علی النقل و یصح علی

الكشف.

(۲) و حاصله ان الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس خلافا فى معنى قول المالك أجزت العقد أو رضيت به أو نحوهما بل الخلاف فى ان الملكية و غيرها من أحكام المعاملة تترتب من حين العقد لكون الإجازة معتبرة بنحو الكشف أو أنها تترتب من حين الإجازة و يرجع ذلك الى البحث عن نحو اعتبار رضا المالك و انه معتبر بالنحو الشرط المقارن أو الأعم منه و من الشرط المتأخر أوان المعتبر تعقب العقد بالإجازة و كيفية الاعتبار يظهر بملاحظة أدلة اعتبار الرضا و وجوب الوفاء بالعقود و الروايات الخاصة التى مداليلها لا يرتبط بمعنى الإجازة.

بل يمكن ان يقال انه على الكشف يترتب تلك الأحكام من حين العقد حتى فيما إذا كان مراد المالك من قوله أجزت و نحوه الرضا بالعقد من حين الإجازة و على النقل يترتب تلك الأحكام من حين الإجازة حتى فيما إذا أراد المجيز الرضا بالعقد من حين العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۸۶

ظاهر رواية البارقى وقوعها بالكناية (۱).

و الظاهر ان الفعل الكاشف (۲).

فيه نظر (۳).

أقول الصحيح هو التفصيل و ذلك لما ذكرنا سابقا ان العقد مدلوله النقل من حينه و لو بضميمة قرينة خارجية و هى عدم إمكان الإهمال فى الأمر الاعتبارى من جهة المبدء و حيث ان الإجازة عبارة عن إظهار الرضا بالنقل المزبور يكون مقتضى أدلة الإمضاء هو الكشف الحكمى و لو أظهر المالك رضاه بالنقل من حين إظهاره الرضا لا من حين العقد فلا يكون ذلك رضاء بمضمون ذلك العقد ليكون موجبا لتمامه و شمول أدلة الإمضاء له.

و الحاصل أن الإجازة لا تصحح عقد الفضولى إلا إذا تعلقت بمضمون العقد و مدلوله نعم بناء على ان مضمونه مطلق النقل أو من حين تمام ماله الدخل فى المعاملة كما هو مقتضى مسلك النقل تكون اجازة العقد من حين العقد رضاء بمضمونه بالإضافة الى جميع الأزمنة التى منها زمان حصول الإجازة فيصح.

(۱) المراد بالكناية ذكر شبه اللازم و ارادة الملزوم أو بالعكس و فى قوله (ص) للعروة (بارك اللّه) تبريك له فى بيعه و هذا لا يكون الا بعد فرض وقوع البيع و تمامه.

(۲) بان يكون الفعل المزبور كاشفا نوعيا عن ارادة المالك ثبوت العقد و تمامه فيكون من الأمارة المعتبرة من باب الكشف النوعى.

(۳) يعنى فى تمامية الاستقراء المزبور تأمل بل لو لا شبهة الإجماع على اعتبار الإنشاء فى الإجازة لكان الأقوى كفاية رضا المالك بأى وجه علم حصوله.

أقول قد ذكرنا سابقا ان العقد ربما يكون فضوليا باعتبار عدم رضا من يعتبر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۸۷

....

رضاه فى صحة العقد و تمامه و هذا القسم يكفى فيه إحراز الرضا بأى وجه كان نظير رضا السيد بنكاح عبده أو رضا العمة و الخالة بنكاح بنت الأخ أو بنت الأخت بل لو انكشف الرضا بوجه معتبر قبل العقد لم يكن فضوليا و ربما يكون العقد فضوليا باعتبار عدم انتساب العقد الى من يعتبر فى شمول دليل الاعتبار له انتسابه اليه و هذا القسم لا يكفى فيه العلم بحصول الرضا مطلقا بل يعتبر إنشاء رضاه بالعقد ليتم انتسابه اليه سواء كان الإنشاء بفعله أو قوله و ليس فيما ذكر المصنف من الوجوه دلالة على كفاية مجرد إحراز الرضا

فی هذا القسم.

و یظهر ایضا حال الفسخ أو الرد و انه لا یکفی فیهما مجرد إحراز عدم الرضا بل یعتبر الإنشاء و إلغاء العقد بفعل أو قول عمن له ولایة الفسخ أو الرد.

لا یقال کیف یعتبر فی الفسخ أو الرد أو الإجازة الإنشاء و لا یکفی فیها مجرد عدم الرضا مع أنهم ذکروا أنه لو حلف علی نفی الاذن فی المعاملة التی أوقعها الوکیل انفسخت المعاملة حیث ان غایة ما یدل علیه الحلف المزبور عدم الرضا بتلک المعاملة و لا یدل علی قصد الحالف بإلغائها و ذکر سلام اللّه علیه فی بعض اخبار خیار الحیوان فإن أحدث المشتری حدثا قبل ثلاثة أیام فذلک رضی منه فلا شرط قیل و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء حیث ظاهره ان مجرد الرضا ببقاء العقد مسقط للخیار و لا یحتاج معه الی قصد الاسقاط و فی صحیحة ابن بزیع قال سألت أبا الحسن علیه السّلام عن امرأة ابتلیت بشرب النبیذ فسکرت فزوجت نفسها رجلا فی سکرها ثم أفاقت فأنکرت ذلک ثم ظنت انه یلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل علی ذلک التزویج إحلال هو لها أم التزویج فاسد لمکان السکر و لا سبیل للزوج علیها فقال إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۸

[الأمور المعتبرة فی الإجازة]

الثالث من شروط الإجازة أن لا یسبقها الرد (۱).

منها قلت و یجوز ذلک التزویج علیها فقال نعم «۱» فإنه یتعین حملها علی صورة التزویج بالوکالة حیث ان إنشاء العقد لا یتحقق من السکران الفاقد للقصد فیکون توکیلها فی حال السکر موجبا لکون الزواج فضولیا و رضاها بعد إفاقتها بالنکاح إجازة.

أقول اما قولهم بانفساخ البیع بحلف الموکل فلا بد من أن یراد عدم تمام تلک المعاملة فتکون فضولیة و الا فلا مورد للانفساخ حقیقة فی الفرض حیث أن حقیقته بطلان المعاملة بقاء بعد تمامها حدوثا و اما ما ورد فی خیار الحیوان فلا نضائق بأن إظهار الرضا بإبقاء العقد الی تمام الثلاثة بالفعل کاظهاره بالقول عبارة أخری عن إسقاط الخیار علی کلام یأتی التعرض له فی بحث الخیارات و اما صحیحة ابن بزیع فالمفروض فیها إظهار الرضا بالفعل کما لا یخفی.

(۱) و حاصل ما ذکره (ره) فی هذا الأمر هو أنه یعتبر فی نفوذ الإجازة و تمام العقد بها ان لا یسبقها الرد و الوجه فی ذلک مع ظهور الإجماع بل تصریح بعض بالإجماع ان المجیز بإجازته یکون أحد طرفی العقد فان کان مالکا للمبیع یکون بایعا و ان کان مالکا للثمن یکون مشتریا و تقدم سابقا أن تخلل الإلغاء من أحد طرفی العقد قبل تمامه یوجب ارتفاع عنوان العقد الذی بمعنی المعاهدة و العهد المشدود و أیضا تأثیر الرد قبل الإجازة فی إلغاء العقد السابق و جعله کالعدم مقتضی قوله علیه السّلام الناس مسلطون علی أموالهم لان مقتضی سلطنة المالک علی ماله ان یکون له قطع علاقة الأصیل عن ملکه.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۴) الباب (۱۴) من عقد النکاح الحدیث (۱).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۹

....

أقول دعوی الإجماع التعبدی فی المقام کما تری و ایضا عدم صدق عنوان العقد علی الإیجاب و القبول الصادرین عن الأصیل و الفضولی بإلغاء المالک ممنوع و لا یقاس بصورة إلغاء البائع إیجابه قبل قبول المشتری أو إلغاء المشتری قبوله قبل حصول شرط تمام

البيع فان انتفاء عنوان العقد مع الإلغاء المزبور لو لم يكن مقطوعا فلا ينبغى فى عدم إحراز عنوان العقد معه و ايضا لا يكون قبل تمام عقد الفضولى بإجازة المالك علاقة للأصيل فى مال المالك المجيز ليجوز للمجيز قطع تلك العلاقة لان العلاقة و هى الملك للأصيل غير حاصل قبل الإجازة و لا علاقة أخرى حتى يقطعها المالك و كون عقد الفضولى بحيث لم انضم إليه اجازة المالك لتملك الأصيل ماله ليس من تعلق حق الأصيل بذلك المال بل هو مقتضى تحقق بعض الموضوع للحكم فى كل مورد كما لا يخفى. و مع الإغماض عن ذلك فإثبات جواز قطع علاقة الأصيل عن ملك صاحبه كاثبات صحة مطلق العقد فضولا بإجازة المالك خارج عن مدلول الرواية كما ذكرنا فى بحث المعاطاة فإن مدلولها السلطنة على التصرفات المشروعة المتعلقة بالأموال من المعاملات و نحوها و أنها ثابتة لملاكها و اما ان أى تصرف فى المال مشروع فليست واردة فى مقام بيان ذلك و لعله الى ذلك أشار فى ذيل كلامه بقوله فتأمل.

و عن النائينى (ره) انه كما لا يصح الرد بعد الإجازة كذلك لا تصح الإجازة بعد الرد و فيه أن القياس مع الفارق فإن بالإجازة يتم العقد و ينتقل المال الى ملك الطرف الآخر و خروج المال ثانيا عن ملكه و عوده الى مالكه الاولى يحتاج الى سبب ناقل أو موجب لفسخ العقد و لم يثبت ان الرد سبب ناقل بل مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود لزوم العقد و عدم جريان الرد و الفسخ فيه بخلاف الرد السابق على الإجازة فإن كونه موجبا لإلغاء عقد الفضولى بحيث لا يتم موضوع النقل و الانتقال بالإجازة اللاحقة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۰

نعم الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة (۱).

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله (۲).

يحتاج الى دليل.

(۱) قد ذكرنا عند التعرض لها فى أدلة صحة عقد الفضولى بإجازة المالك أنه لا ظهور للصحيحة فى نفوذها مع سبق الرد فراجع.

و اما الاستدلال على عدم قدح الرد قبل الإجازة بصحيحة ابن بزيع المتقدمة فلا يخفى ما فيه لعدم الملازمة بين إنكار النكاح و رده فإنه قد تقدم تعين حملها على وقوع النكاح بنحو التوكيل باعتبار أن إنشاء النكاح كإنشاء سائر العقود لا يقع من السكران الفاقد للقصد و الالتفات و حيث أن التوكيل المزبور وقع حال السكر يكون النكاح المزبور فضوليا و إنكار الزوجة بعد إفاقتها يمكن أن يكون لعدم التفاتها الى وقوع النكاح بتوكيلها و بعد ما استيقنت بوقوعه أقامت مع الزوج المزبور لتوطين نفسها للرضا به و لو حمل التزويج المفروض على التزويج بالمباشرة لكون سكرها خفيفا لا ينافى القصد و الالتفات فيخرج النكاح المزبور عن الفضولى و لا يرتبط الوارد فيها بمسئلة الإجازة بعد الرد بل يكون حكما تعبديا و أنه يعتبر فيمن زوج نفسها حال السكر الخفيف رضاها بذلك النكاح بعد ارتفاع ذلك السكر.

(۲) و بتعبير آخر نفوذ العقد و تمامه بالإجازة كسائر آثار الملك من الأحكام و إذا فرض إرث المبيع فضولا تكون اجازة الورثة البيع موجبة لتمام ذلك البيع باعتبار كونهم مالكين للمبيع و يثبت فى حقهم ما ثبت لسائر الملاك و يأتى عدم اعتبار اتحاد المجيز مع المالك حال العقد فى نفوذ الإجازة و الفرق بين إرث الإجازة و نفوذ إجازتهم لكونهم مالكين يظهر فيما إذا لم يرث بعضهم من المال المزبور كما إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۱

....

المبيع فضولا عقارا حيث ان الزوجة لا ترث من العقار فلا تكون لها اجازة بيع الفضولى أو رده.

و ایضا لکل من الورثة أن یجیز البیع فی حصته لأنها ملکه بخلاف ما إذا قیل بإرث الإجازة بدعوی أنها کحقی الخیار و الشفعة من الحقوق القابلة للإرث فإنه بناء علیه یکون الموروث حقا واحدا فکل من سبق من الورثة إلی إعمال ذلک الحق ینفذ فیصح البیع الواقع علی تمام المال أو یعتبر اجتماعهم علی الرد أو الإجازة.

و قد یقال أن اجازة الورثة بما أنهم ملاک المال لا لارثهم الإجازة حتی و ان قلنا بأن الإجازة کالخیارات من الحقوق الا أنها تختلف عن الخیارات فی أن الخیارات تورث و الإجازة لا تورث و ذلک فإن الورثة بما انهم ملاک المال لهم حق إجازة العقد الواقع علی مالهم بالأصالة و إذا کان لهم بالأصالة هذا الحق فلا- یعقل ان یکون لهم الإجازة بإرثها لأن حق الإجازة لا یتعدد لشخص واحد بالإضافة إلی عقد واحد و لا یقاس بتعدد الخیار لشخص واحد فی بیع واحد کما إذا اشتری حیوانا بشراء غبن فإن للمشتری المزبور خیار المجلس و الحیوان و الغبن و هذا لا مانع عنه لان الخیارات لاختلاف أحکامها متعدد بخلاف الإجازة.

و الحاصل أن الإجازة و ان قیل بأنها من الحقوق الا أنها کحق القسم للزوجة غیر قابلة للإرث و فیه ما لا یخفی فإن الورثة لا یمکن لکل منهم اجازة بیع الفضولی الواقع علی المال إلا بالإضافة إلی حصته من المال فإنه غیر مالک لتمام المال بخلاف الإجازة الموروثة فإنها حق واحد ثابت لطبیعی الورثة أو لمجموعهم حیث کان لمورثهم حق واحد و لا تتبعض علی کل تقدیر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۲

لان مرجع اجازة القبض إلی إسقاط (۱) یحتاج الی دلیل معمم (۲)

---

(۱) المراد من ضمان الثمن ضمان تسلیمه فإنه علی عهدة المشتری فلا- یجب علیه بعد اجازة القبض أخذ ذلک الثمن من البائع الفضولی و دفعه الی المجیز و ذلک فان تسلیم الثمن الی المجیز حق للمجیز علی المشتری فیجوز له رفع یده عن حقه بإجازته القبض المزبور و مرجع إجازة الإقباض إلی حصول المبیع بید المشتری برضاه و بتعبیر آخر إجازة الإقباض إظهار للرضا بحصول المبیع فی ید المشتری و أنه لا یکون بین المبیع و المشتری أی مانع فیترتب علی حصوله بیده ما یترتب علی القبض الصحیح کعدم جواز استرداده لیتسلم الثمن و أن تلفه فی ید المشتری بعد ذلک لا یکون من تلف المبیع قبل القبض.

(۲) یعنی إذا کان الثمن فی العقد فضولا کلیا علی عهدة المشتری و فرض قبض البائع الفضولی ذلک الکلی ففی نفوذ إجازة المالک بالإضافة إلی القبض المزبور اشکال و وجهه أن المدفوع إلی البائع فضولا کان بعنوان الوفاء (بما) علی الذمة لا بعنوان مبادلة ما علی ذمته بالمدفوع لیکون الدفع معاملة أخری قابلة للحوق الإجازة بها و الکلی علی العهدة انما یتعین فی المدفوع فیما أخذه المستحق مباشرة أو تسبیبا کما فی موارد ولایة القابض أو وکالته و المفروض فی المقام عدم ولایة القابض أو وکالته عن المالک المجیز.

أقول إجازة القبض فی الحقیقة اذن للبائع فضولا فی الإمساک بما دفع الیه ثمنا أو وفاء بالثمن فیکون إمساکه بقاء من قبض المستحق و لا یعتبر فی القبض الموجب لتعین الثمن بالمدفوع کون القبض بحدوثه من قبض المستحق الا تری انه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۳

و عن المختلف أنه حکی عن الشیخ (ره) (۱)

لو کان لزید عنده الف دینار أمانة و باع متاعا من زید بألف دینار بذمته و قال للبائع الألف الذی لی عندک خذه بحساب الثمن فإنه لا ینبغی الریب فی تمام القبض بذلک.

و الحاصل أن اجازة القبض فی الحقیقة توکیل فیکون البائع الفضولی مأذونا فی استیفاء الثمن و الإمساک به و هذا بخلاف ما إذا کان الأثر مترتبا علی الفعل الحدوثی فإنه لا یفید فیه الإجازة اللاحقة مثلا للحاج ذبح هدیه بالاستنابة کما إذا أمر الآخر بذبحه و اما إذا ذبح الآخر هدیة بتخیل أنه هدی نفسه أو عدوانا أو بقصد النیابة عن مالکه فلا یجدی اجازة المالک فی إسقاط وجوب الهدی عن نفسه.

ثم ان اجازة القبض التی فی الحقیقة توکیل تکون کسائر العقود الإذنیة فی عدم تعقل الکشف فیها حیث أن الاذن لا یحصل الا حال الإجازة و إذا تحقق الإجازة یحکم بتمام عقد الفضولی فیما إذا کان القبض شرطا فی صحة ذلک العقد کما فی الهبة فإنه تدخل العین الموهوبة فی ملک الموهوب له المجیز من حین إجازة القبض أو کان القبض الخاص شرطا کما فی بیع الصرف و السلم فان مع رضا المالک المجیز یکون الثمن فی ید البائع فضولا یحصل القبض فی مجلس انتساب البیع الی المجیز هذا مع بقاء المعوض و العوض الی زمان اجازة البیع و إجازة القبض و اما مع تخلل تلفهما أو تلف أحدهما قبلها فیدخل المقام فی المسئلة المتقدمة من تلف أحد العوضین أو کلاهما قبل الإجازة کما لا یخفی.

(۱) هذا استشهاد لما ذکره فی أول التنبیه من ان اجازة العقد لا تکون اجازة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۴

وجهان (۱).

الإجازة لیست علی الفور (۲).

للقبض و الإقباض.

لا یقال کیف لا تکون إجارته اجازة لإقباض المبیع مع فرض حصوله بید المشتری و تملکه إیاه بالإجازة.

فإنه یقال یجوز للمالک المجیز مع إجارته البیع أخذ المبیع من ید المشتری لیتسلم منه الثمن و بإجارته الإقباض یسقط هذا الحق.

(۲) یتعین فی الفرض الحکم ببطلان البیع فإنه لا مجال لصون إجازته عن اللغویة أو حملها علی الإجازة النافذة مع تصریحه بخلافها و عدم اعترافه الا بالبیع الفاسد و البیع اللغو و قد ظهر مما ذکرنا الی هنا انه إذا وقع التقابض فی بیع الصرف بین الأصیل و الفضولی فبإجازة المالک البیع و القبض یتم البیع و کذا فی قبض الثمن فی بیع السلم.

لا یقال کیف یعتبر التقابض فی مجلس البیع مع عدم اقتضاء الإجازة حصوله فی ذلک المجلس فإنه یقال المراد من التقابض فی ذلک المجلس عدم تأخره الی ما بعد مجلس العقد لا حدوثه فیه و لو کان مال کل من المتبایعین عند الآخر من قبل و قال أحدهما للآخر فی مجلس آخر بعت ما عندک بما عندی و قال الآخر قبلت یتم بیع الصرف.

(۱) لا یعتبر فی تمام العقد بالإجازة وقوعها فی أول أزمنة الإمکان بل فی أی زمان فرض حصولها یکون العقد داخلا فی أدلة الإمضاء و وجوب الوفاء بالعقود و هذا هو المراد من اقتضاء العمومات عدم الفوریة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۵

فالأقوی تدارکها بالخیار أو إجبار المالک (۱).

و اما صحیحة محمد بن قیس فدلالتها علی عدم الفوریة باعتبار أنه مقتضی نفوذ الإجازة فیها بعد امتناع المالک عنها و إلحاح المشتری و إلجائه الی علی علیه السّلام و تعلیمه طریق الوصول إلی اجازة المالک کما لا یخفی.

و اما المؤیدات المذکورة بعد الصحیحة فمقتضی إطلاقها نفوذ الإجازة حتی مع لحوقها بالعقد فی آخر أزمنة إمکانها فإن ما ورد فی المضاربة و الاتجار بمال الیتیم مطلق لم یستفصل فیهما عن رضا مالک رأس المال أو ولی الطفل بتجارة العامل أو المتصرف فی مال الطفل بمجرد اطلاعهما أو بعده کما لا یخفی.

(۱) قد مر آنفا ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد التام و البیع قبل انتسابه الی کلا الطرفین لا یکون عقدا حیث أنه عهد مشدود و علیه فلا یجب علی الأصیل قبل اجازة المالک شیء لیجبر ضرر تأخیر المالک فی رده و إجازته بخیار أو جواز إجبار المالک علی الإجازة أو الرد بل لا مجال للخیار أو الإجبار علی تقدیر لزوم العقد علی الأصیل فیما إذا کان مقدما علی المعاملة الفضولیة و فی

فرض عدم اقدامه كما إذا كان جاهلا يكون البائع فضوليا يرتفع لزوم العقد عليه لكونه ضرريا فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه و معه يخرج عقد الفضولى عن قابلية لحوق الإجازة به لان مع التصرف يتلف أحد العوضين و هو مخرج للعقد عن قابلية لحوقها على النقل و الكشف الحكمى كما تقدم.

و الحاصل أن حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه لم تكن لخروجه عن ملكه على النقل و الكشف الحكمى بل باعتبار أنها مقتضى لزوم العقد عليه و إذا انتفى اللزوم جاز تصرفاته بل إلغائه البيع كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۶

هل يعتبر فى صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما و خصوصا. (۱)

---

(۱) اختلاف الإجازة مع العقد فى العموم و الخصوص تارة يكون باعتبار العوضين و أخرى باعتبار الاشتراط و عدمه بان يبيع الفضولى شيئين بثمن كذا و يجيز المالك بيع أحدهما أو ان يبيع الفضولى متاعا و يجيز المالك بيع نصف ذلك المتاع بنحو المشاع أو يبيع الفضولى بشرط كذا فيجيز المالك بلا شرط أو يبيع بلا شرط و يجيزه المالك مع الاشتراط و إذا كانت الإجازة مختلفة مع العقد فى العوضين باعتبار الكل و الجزء فلا يوجب ذلك بطلان الإجازة بل يتم معها البيع فى البعض و ضرر تبعض الصفقة على الأصيل يجبر بالخيار نظير ما إذا باع المالك متاعين بثمن و ظهر أحدهما غير مملوك فإنه يتم البيع بالإضافة إلى الآخر و يثبت خيار التبعض للمشترى.

و الوجه ما ذكرنا سابقا من انحلال البيع الى البيوع المتعددة بالإضافة إلى الأبعاض المشاعة للعوضين و بالإضافة إلى الجزء الخارجى المعين فيما كان بيعه مع الآخر بنظر العرف من بيع المتعدد و الإجازة كما تقدم من أحكام الملك فيجوز للمالك اجازة بعض تلك البيوع.

و بهذا يظهر الفرق بين الإجازة و خيار الفسخ حيث لا يجوز لذى الخيار الا فسخ البيع بتمامه و وجه الظهور أن الإجازة من آثار الملك فللمالك ان يبيع بعض ماله كما ان له ان يبيع كله و لكن بخلاف الخيار فإنه حق و سلطنة على فسخ العقد و ظاهر أدلة الخيار ثبوت حق واحد بالإضافة إلى البيع المنشأ ابتداء لا ثبوت حقوق متعددة بالإضافة إلى البيوع المنحلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۷

....

و ذكر المصنف (ره) بطلان الإجازة فيما كان العقد مشروطا بشرط على المالك فأجاز المالك العقد بلا شرط و لا يقاس الفرض بإجازة بيع البعض و ذلك فان البيع كما تقدم ينحل الى البيوع المتعددة بالإضافة إلى أبعاض العوضين فتكون اجازة بعضها نافذة بخلاف الاشتراط فى العقد فان العقد لا ينحل بالإضافة إلى الشرط حتى يصححه الإجازة و لذا يكون بطلان الشرط فى عقد موجبا لبطلانه بخلاف بطلان البيع فى الجزء.

و ذكر النائينى (ره) انه يحكم بصحة البيع دون الشرط فان الشرط فى المعاملات التزام آخر غير التزام العقدى فاجازة الثانى و عدم إجازة الأول أمر ممكن غاية الأمر يكون عدم اجازة الشرط من قبيل تعذر الشرط الذى يوجب للمشروط له و هو الأصيل فى المقام الخيار.

أقول الشرط كما ذكر التزام آخر و لا يكون جزءا لأحد العوضين ليجرى عليه حكم الجزء و ارتباطه بالعقد ليس هو مجرد الظرفية و الاتحاد معه فى الزمان كما هو مقتضى قولهم الشرط التزام فى الالتزام ليمكن اجازة العقد دون الشرط بل وجه ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملى من المشروط له معلق على التزام الآخر بالشرط أى المشروط فقوله بعت المال بكذا على ان تخيط لى هذا الثوب

معناه ان أصل البيع من البائع معلق على التزام المشترى بالخياطة لا أنه معلق على نفس الخياطة المعبر عنها بالمشروط.

و الحاصل يكون الإيجاب فى الفرض معلقا على الشرط بمعنى المصدرى أى الالتزام بالخياطة و هذا التعليق لا يقتضى بطلان البيع لان المعلق عليه و هو الالتزام بالخياطة حاصل بالقبول و ما يحتمل عدم حصوله هو الشرط بمعنى المشروط لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۸

....

الإيجاب معلقا عليه.

و الحاصل أنه إذا قبل المشترى الإيجاب المزبور و التزم بالخياطة تتم المطابقة المعتبرة بين الإيجاب و القبول و يتم البيع حتى و ان لم يفعل المشترى ما التزم على نفسه بترك الخياطة غاية الأمر يثبت للآخر معه خيار تخلف الشرط لان مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للبائع على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط.

و بهذا يظهر أن فساد الشرط فى البيع أو غيره لا يوجب فساد أصل البيع أو سائر العقد كما ذكر المصنف (ره) فان فى موارد فساده يكون التطابق بين الإيجاب و القبول حاصلا لحصول الالتزام من الطرف الآخر و فساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور أى الإتيان بالمشروط.

و الحاصل أنه يعتبر فى تمام البيع تطابق الإيجاب و القبول فيما إذا كان البيع من أصليين و التطابق بينهما و بين الإجازة فيما إذا كان البيع فضوليا حيث ان الإجازة إمضاء للعقد بمضمونه و مصححه لاستناده الى المالك و إذا كان بيع الفضولى على شرط كما إذا باع الفضولى المتاع بألف على ان يخيط للمشترى الثوب و أجاز المالك البيع بدون الشرط المزبور لم يحصل التطابق لان قبول المشترى البيع كان معلقا على التزام مالك المبيع بخياطة ثوبه و لم يحصل فتبطل الإجازة كما لا يخفى.

لا- يقال يلزم على ذلك بطلان الإجازة فى صورة وقوع البيع على تمام المتاع و اجازة المالك البيع فى نصفه فإنه إذا قال البائع الفضولى بعت المتاع بكذا و قبله المشترى فالبيع المزبور و ان ينحل الى بيع كل نصف الا ان بيع كل نصف بشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۹

....

بيع النصف الآخر و لذا لو ظهر بعض المبيع غير مملوك للبائع يثبت للمشترى خيار تبعض الصفقة.

و الحاصل إذا أجاز المالك البيع فى نصف المتاع لم تكن إجازته مطابقة للإيجاب و القبول حيث أن قبول المشترى كان على تقدير التزام مالك المبيع لبيع النصف الآخر و الإجازة وقعت على البيع بدون ذلك التقدير فلم تحصل المطابقة المعتبرة.

فإنه يقال ما ذكرنا من انه يعتبر تطابق الإجازة و العقد فلا مناص من الالتزام به فى كل مورد لما بين من أن المصحح لاستناد البيع بمدلوله الى المالك هى الإجازة فكيف تكون مصححة للاستناد مع الاختلاف و لكن إذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل كما إذا قال بعتك المتاع بكذا على ان أخيط لك ثوبا و قال المشترى قبلت فما يكون الإيجاب و القبول معلقا عليه هو الالتزام بأمرين أحدهما الفعل أى الخياطة و الثانى الالتزام بثبوت الخيار للمشترى على تقدير عدم الفعل و إذا كان الشرط أى المشروط غير فعل فما علق عليه الإيجاب و القبول هو الالتزام بأمر واحد و هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط كما إذا قال بعتك هذا العبد بكذا على أنه كاتب و قبله المشترى فان مرجع اشتراط كون العبد كاتبا الى ثبوت الخيار للمشترى على تقدير عدم الوصف و إذا باع شيئين و قبله المشترى يكون المشروط فى بيع كل منهما ثبوت الخيار على تقدير عدم تمام البيع فى الآخر لا الفعل و على ذلك فلو قال الفضولى للمشترى بعتك هذين المتاعين بكذا و قبله المشترى يكون إجازة المالك بيع أحدهما مع الالتزام بثبوت الخيار

للمشتری المزبور إجازة موافقة للبیع المجاز کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰۰

....

و ذکر (ره) فیما إذا کان العقد مطلقا و الإجازة مشروطة بشرط علی الأصیل وجوها ثلاثة الأول- تمام العقد بالإجازة المزبورة و لزوم الشرط علی الأصیل فی فرض رضاه بالشرط نظیر رضا الموجب بالشرط الذی یشترطه علیه القابل فی قبوله و مع عدم رضاه یلغو الإجازة.

و الثانی- صحة العقد بالإجازة المزبورة و لا یلزم الشرط علی الأصیل حتی فی فرض رضاه فإنه من الشرط بعد الإیجاب و القبول.

و الوجه الثالث الذی قواه (ره) بطلان الإجازة و عدم صحة عقد الفضولی بها حتی مع رضا الأصیل لأن الإجازة مع الشرط أمر واحد و إذا بطل شرطها باعتبار وقوعها خارج المعاملة تکون الإجازة باطلة.

أقول الأظهر صحة الإجازة مع رضا الأصیل بالشرط فیتم عقد الفضولی بها و یجب علی الأصیل رعایة الشرط أخذا بعموم وجوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط لان الشرط فی الإجازة مع رضا الأصیل به لا یکون شرطا ابتدائیا بل هو شرط فی البیع حیث ان تمامه و استناده الی المالک یکون بالإجازة فیکون إلزام المالک إلزاما فی بیعه نظیر إلزام المشتری فی قبوله البائع بأمر و رضا البائع به بعد القبول فلا حظ و تدبر.

بقی فی المقام أمور: الأول- ما ذکرناه فی صورة اختلاف الإجازة مع عقد الفضولی بالجزء و الکل بان کان المبیع فی عقد الفضولی الکل و المجاز البعض ناظر الی أن اختلاف المزبور لا یضر بالتطابق المعتبر بین العقد و الإجازة لا أنه لا یعتبر التطابق بینهما و فیما إذا کان عقد الفضولی علی شرط و أجاز المالک العقد دون الشرط لا یحصل التطابق المعتبر بین العقد المجاز و الإجازة و لذا تبطل الإجازة و کذا فیما کان العقد بلا شرط و إجازة المالک مع الاشتراط فإنه لا یحصل التطابق مع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰۱

....

عدم رضا الأصیل بالشرط المزبور و یحصل مع رضاه به.

و الحاصل لا ینبغی الخلاف و الاشکال فی اعتبار التطابق بین العقد المجاز و الإجازة فی الصور الثلاث حیث ان الإجازة إمضاء للعقد باعتبار مدلوله و انما الخلاف فی تحقق التطابق و عدمه فی تلک الصور فیکون النزاع و الخلاف فی الصور الثلاث صغرویا بعد الاتفاق علی الکبری.

الثانی- قد ذکرنا انحلال البیع باعتبار الأجزاء المشاعة للمبیع فی کل بیع و بالإضافة إلی أجزائه الخارجیة فی خصوص ما کان المبیع بنظر العرف متاعین أو أکثر قد جمع بینهما فی عقد واحد و اما فی غیر ذلک فلا یکون انحلال بالإضافة الی الاجزاء الخارجیة و الشاهد للانحلال فی الموردین و عدم انحلاله فی غیرهما هو العرف و قد ذکر بعض الأعاظم (دامت شوکته) فی الاستدلال علی عدم انحلال البیع بأنه إذا باع کتابا فلا یصح ان یقال ان البیع المزبور قرارات و بیوع متعددة بعدد صفحات الکتاب و أنه لو انحل البیع بالإضافة الی الاجزاء المشاعة یتعین الالتزام بان البیع الواحد بیوع الی غیر النهایة حیث أن الجزء المشاع لا یقف علی حد و أن الإنشاء کالاخبار فی عدم الانحلال و کما انه لا ینحل الخبر بالإضافة إلی مدلوله مثلا إذا قال کل ما فی الأرض جماد لا یمکن ان یلتزم بان المخبر قد کذب کذبا متعددا بعدد ما فی الأرض من الحیوان و الإنسان و النبات و الشجر کذلک لا یمکن الالتزام بتعدد البیع فیما إذا قال بعت الدار بکذا و قال الآخر قبلته فإنه لا ینحل الی بیوع متعددة و کذا الحال فی النذر و الحلف و نحوهما فإنه إذا قال اللّه علی

صوم كل جمعة يكون النذر واحدا و لو ترك الصوم فى جمعة واحدة لحصل الحنث و وجبت الكفارة و لا يجب الصوم بعده لا انه نذر الصوم كل جمعة و جمعة على سبيل الاستقلال و الاستيعاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۰۲

....

و لكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك و فيما إذا كان المتاع لاثنين فباعه أحدهما و فيما إذا جمع بين متاعين مالكهما فى إيجاب البيع و قبل المشترى بيع أحدهما أو باعهما فضولى و أجاز المالك بيع أحدهما و لا انحلال فى غير ذلك.

أقول اما الاستشهاد بعدم انحلال البيع بان بيع الكتاب لا ينحل عرفا الى بيع كل ورقة ورقة من أوراقه فقد ذكرنا أن مع وحدة المتاع لا ينحل بيعه الى الاجزاء الخارجية و انما يكون الانحلال بالإضافة إلى أجزائه المشاعة و هذا الانحلال لا يستلزم البيوع الى غير النهاية لان الاجزاء المشاعة و ان لا تقف الى حد الا ان عدم وقوفها لا يلازم عدم وقوف بيعها و ذلك فإنه يعتبر فى البيع ان تكون للمعوض كالعوض مالية و لا تكون المالية فى الاجزاء المشاعة للمتاع الا الى حد معين فإن المالية للجزء كما يأتى فى مسئلة تقسيط الثمن ان يكون له قيمة فى بيعه بانفراده و عليه فنصف العشر من الكيلو من الحنطة إذا فرض كونه خمسين حبة فلا ينحل بيع الكيلو اليه حيث ان الخمسين من حبة الحنطة لا مالية لها بل و لا غرض فى تملكها.

ثم انه لا فرق بين الإنشاء و الاخبار فى الانحلال و عدمه و ان الانحلال فيهما باعتبار الدلالة و المدلول لا باعتبار الدال و بتعبير آخر ان الدال و ان لا- يتصف بكونه دالا- الا- مع فرض المدلول له كما انه لا- يكون مدلول الا- مع فرض الدال عليه كما هو الحال فى كل متضايفين الا ان الانحلال يكون فى ناحية الدلالة و المدلول لا فى ناحية الدال و عليه فان كان موضوع الحكم عنوانا ينطبق على الدال كحرمة الكذب حيث ان الكذب عبارة عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقا للواقع فلا يتعدد ذلك الحكم و لو كان مدلول ذلك الكلام منحلا الى المتعدد بخلاف ما إذا كان الموضوع عنوانا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۰۳

[فى شرائط المجيز]

بنى على نفوذ منجزات المريض (۱)

ينطبق على الدلالة أو المدلول فإنه يتعدد بتعدد هما كما فى حرمة الاغتياب كما ذكرنا فى المكاسب المحرمة فإنها كشف ما ستره اللّه على المؤمن من العيب و إذا قال المخبر كل أولاد زيد قد شربوا الخمر فقد اغتاب بعدد أولاده حيث ان الاغتياب ينطبق على الكشف و الدلالة لا على الدال كما لا يخفى.

و اما النذر أو العهد فكل منهما عنوان للالتزام و يتعدد بتعدد الملتزم به و إذا قصد الناذر فى قوله للّه على صوم كل يوم جمعة الالتزام بصوم كل جمعة على سبيل الاستغراق و الاستقلال فيتعدد الحنث بخلاف ما إذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك الأيام و يشهد لانحلال الالتزام بتعدد الملتزم به سقوط بعض الدين بأداء ذلك البعض أو بإبراء الدائن.

الثالث- ما ذكرنا من ان شرط غير الفعل يرجع الى اشتراط الخيار و ان البيع و الشراء يكون معلقا على التزام الطرف بذلك الخيار كما إذا اشترى عبدا و اشترط كونه كاتبا ينحصر بما إذا كان المبيع عينا خارجيا و اما إذا كان بنحو الكلى على الذمة فمرجع الاشتراط الى تقييد المبيع و لو دفع الى المشترى عبدا لا يكتب فلا يكون للمشترى الا استبدال لا فسخ البيع كما ان رجوع الاشتراط الى جعل الخيار

يختص بما إذا لم يكن الشرط عنوانا مقوما للمبيع و إذا اشترى فلزا و اشترط كونه ذهبا فبان مذهبا فإنه يبطل البيع لا انه يثبت للمشترى الخيار و تمام الكلام فى باب الشروط إنشاء اللّه تعالى.

(۱) يعنى بناء على نفوذ منجزات المريض تكون إجازته مفيدة فى صحة عقد الفضولى بتمام مدلوله على النقل و الكشف و بناء على انها كالوصية فى نفوذها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۰۴

لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل (۱).

لامتناع تصرفه فى العين (۲).

من ثلث التركة فيكون صحة الإجازة مراعى بان يكون المال الجارى عليه العقد فضولا بمقدار ثلث تركة المجيز أو أقل.

(۱) اما على النقل و الكشف الحكمى فظاهر حيث ان تصرف المالك فى ماله يكون بإجازته فيعتبر كونه حال الإجازة مالكا للتصرف و اما بناء على الكشف الحقيقى فالإجازة الكاشفة عن الملك بالعقد هى اجازة المالك الذى يجوز له التصرف فى ماله حيث ان الإجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيدا فى النقل و الانتقال بلا فرق بين اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو بتعقب العقد بها.

(۲) اى لا يجوز تصرف الأصيل فى العين التى اشتراها لإمكان عدم الإجازة و لإمكان عدم المقتضى يعنى عدم دخول تلك العين فى ملكه و لا فى الثمن لا مكان عدم تحقق الإجازة.

أقول لا يخفى ان احتمال الإجازة لا يمنع عن الأخذ بأصالة بقاء الثمن فى ملكه فيجوز تصرفاته ظاهرا مع ان هذا مبنى على لزوم العقد على الأصيل قبل الإجازة فقد تقدم منعه سابقا و ان لزومه على تقديره يسقط فى موارد الضرر.

و اما الاستدلال على اعتبار المجيز حال العقد بأنه لو امتنع العقد فى زمان امتنع دائما فقد أجاب عنه المصنف (ره) مضافا الى النقض بما إذا كان مالك المال حال العقد فى مكان لا يمكن الوصول إليه انه لا ملازمة بين عدم إمكان تمام العقد فى زمان و عدم إمكان تمامه بعد ذلك و بتعبير آخر إذا امتنع الشىء فى زمان ذاتا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۰۵

....

لامتنع دائما.

و اما إذا كان امتناعه فى زمان بالغير فيمكن ان يخرج إلى الإمكان بل الوجوب بعد ذلك بتمام علته.

و الحاصل يحتمل ان يكون المراد بالمجيز ذات المجيز أى من يكون شأنه إجازة العقد و لكن احتمال عدم اعتبار هذا المجيز حال العقد أو الجزم بعدمه لا يفيد شيئا فى المعاملات المالية كالبيع فإنه لا يمكن تخلف مال عن المالك أو من له ولاية على مالك ذلك المال.

نعم يصح فى مثل النكاح كما إذا زوج الفضولى صبيا من صبية لا يكون لهما أب أوجد بناء على عدم ولاية غير الأب و الجد عليهما حتى الامام عليه السّلام فان ولايته على نكاحهما مورد المناقشة و يحتمل ان يكون المراد بالمجيز من يتمكن على الإجازة حين العقد و إذا كان المالك بعيدا عن مكان العقد بحيث لا يمكن وصول خبره إليه إلى مدة يكون العقد المزبور على الاعتبار غير قابل للإجازة.

ثم انه لا دليل على اعتبار المجيز حال العقد باحتماليه فان البيع أو غيره يستند الى المجيز فيكون بيعا له بإجازته فيعتبر ان يكون حال

الإجازة مالكا للتصرف و اما قبلها فكون ذات المجيز أو مع تمكنه على إجازته غير دخيل فى تمام عقد الفضولى أضف الى ذلك ما ورد فى نكاح الصغيرين حيث لم يستفصل فيه عن وجود الولى عليهما حين العقد أو عدمه و كذا إذا كان المراد بالمجيز وجود من تصح إجازته حال العقد فإذا بيع مال اليتيم بنصف قيمته السوقية ثم تنزلت القيمة بحيث تكون إجازته صلاحا فيصح بالإجازة بناء على عدم الاعتبار بخلاف ما إذا قيل بالاعتبار فإنه لا بد من تجديد العقد و لكن اعتبار وجود المجيز بهذا المعنى ضعيف ايضا يدفعه عدم الاستفصال فى مثل خبر نكاح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۰۶

على خلاف فيه (۱) فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض (۲) الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف (۳)

الصغيرين و الإطلاق أو العموم الشامل للعقد بعد لحوق الإجازة به.

و لا يخفى ان اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغى ان يعد فى شرائط المجاز لا من شرائط المجيز الذى يلحق إجازته بعقد الفضولى كما فى الشرطين الأول و الثالث.

(۱) أى على خلاف فى ولاية الوصى.

(۲) يعنى الاولى الالتزام بورود الاعتراض مع فرض كون المراد بالمجيز من يكون شأنه اجازة العقد فضولا و ان أريد وجود المجيز المزبور مع تمكنه على الإجازة فيمكن فرض عدم هذا المجيز فى العقد الجارى على الأموال فضولا حتى مع فرض ولاية المجتهد و العدول لإمكان عدم تمكنهم على إجازته باعتبار عدم اطلاعهم على العقد المزبور.

(۳) هذا الأمر ناظر الى ان من يجيز العقد فعلا و انه هل يعتبر فى نفوذ إجازته ان يكون حال العقد ايضا نافذ التصرف بحيث لو كانت إجازته فى ذلك الزمان لتم بها العقد أو انه لا يعتبر فى نفوذ إجازته إلا كونه جائز التصرف حال الإجازة فتصح إجازته فعلا و لو لم تكن له الإجازة فى ذلك الزمان سواء كان عدم نفوذ إجازته سابقا لعدم المقتضى أو للمانع و المراد بعدم المقتضى عدم الملك أو الوكالة أو فقد سائر القيود المعتبرة فى المالك و المراد بالمانع تعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد العقد فضولا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۰۷

....

و فى المقام مسائل ثلاث: ندرجها فى مسألتين تبعا للمصنف (ره): الاولى- ما إذا بيع المال و كان حال البيع فاقدا لما يعتبر فى البائع من القيود من كونه بالغا أو عاقلا أو رشيدا أو عدم الحجر عليه بتعلق حق الغير بماله و صار حال الإجازة واجدا لتلك القيود.

و الثانية ما إذا بيع المال حال عدم ملكه ثم ملك المال و أجاز البيع اما الأولى فنقول إذا بيع المال حال جنونه أو صغره أو سفهه ثم أفاق أو بلغ أو صار رشيدا فأجاز البيع فإنه لا ينبغى الريب فى صحة البيع المزبور باعتبار انه يتم بالإجازة الموضوع لاعتبار المعاملة و إمضائها حيث يتم بها استناد المعاملة المفروضة إلى المالك البالغ الرشيد و الاستناد السابق على تقدير المباشرة فى إنشاء البيع كان ملغى لخروج بيع الصغير و المجنون و السفيه عن موضوع الإمضاء و لزوم الوفاء لا باعتبار تعلق حق الغير بالمال بل لقصور أنفسهم و إذا باع مع المانع أى مع تعلق حق الغير بماله ثم ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعاملة و يشملها دليل الاعتبار من غير حاجة الى الإجازة حيث ان استنادها الى المالك العاقل البالغ الرشيد كان من قبل و انما لم يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد المعاملة ففى أى زمان سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار.

و ان شئت فلاحظ المعاملة التى يكون القبض شرطا فى تمامها فان دليل الاعتبار لا يعمها ما لم يحصل القبض ففى أى زمان حصل القبض يعمها دليل اعتبارها.

لا- یقال لا یقاس المقام بمسئلة اعتبار القبض فی الهبة و الوقف فان ما دل علی عدم انتقال المال عن ملک الواهب أو الواقف الی ان یقبض العین مقتضاه ترتب الإمضاء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰۸

....

علی الهبة أو الوقف بعد القبض بخلاف بیع المالک المال مع کونه رهنا أو محجورا علیه للفلس فان بیعه فی حدوثه مستند الی مالکه و مع ذلک لا- یعمه إطلاق حل البیع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد باعتبار أن إمضائه أو لزوم الوفاء به مناف لتعلق حق الغیر بالمال و بعد ارتفاع المانع و سقوط الحق دخوله فی الإطلاق و العموم یحتاج الی التوضیح.

فإنه یقال قد ذکرنا فی بحث الأصول انه کلما دار أمر الفرد بین خروجه عن تحت العام أو المطلق إلی الا بدو خروجه عنهما الی زمان یتعین الالتزام بالثانی للاقتصار علی المتیقن لان طرح ظهور العام أو الإطلاق بالإضافة الی ما بعد ذلک الزمان بلا موجب.

و مما ذکرنا یظهر انه لو باع الراهن أو المفلس عین الرهن أو عین ماله فأجاز المرتهن أو الغرماء البیع لا تکون إجازتهم کاشفة عن النقل و الانتقال من حین العقد لا بکشف حقیقی و لا بکشف حکمی بل تکون إجازتهم کفک الرهن أو ارتفاع الفلس موجبا لانتقال العوضین من حین الإجازة و ذلک فان المال بالإضافة إلی الأزمنة السابقة غیر قابل للنقل و الانتقال و فی أی زمان سقط الحق عن المال و صار ملک طلق یقبل النقل من ذلک الزمان و لا یقاس بإجازة المالک فی بیع الفضولی المعروف حیث التزمنا فیه بالکشف الحکمی باعتبار أن المال کان قابلا للنقل فی زمان سابق الا ان البیع الناقل لم یکن مستندا الی المالک أو من له ولایة النقل و بإجازته یستند النقل من ذلک الزمان الی المجیز علی ما تقدم.

و علی ذلک فإذا بیع المال حال صغره أو جنونه أو سفهه ثم صار المالک بالغا أو أفاق أو صار رشیدا فأجاز البیع المزبور تکون إجازته کاشفة بخلاف ما إذا باع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰۹

[من باع شیئا ثم ملکه]

الثانیة ان یتجدد الملک بعد العقد فیجیز المالک الجدید (۱)

المال ثم فک الرهن فإنه یتعین الالتزام فی الثانی بالنقل کما لا یخفی.

(۱) المسئلة الثانیة- ما إذا کان المجیز غیر مالک للمال حال العقد، و لهذه المسئلة صور، و لکن العمدة البحث فی جهات: الاولی- ما إذا باع غیر المالک، لنفسه ثم ملک المال، و أجاز البیع، و الثانیة- ما إذا باع المال لنفسه ثم ملکه و لم یجزه، و الثالثة هل فرق بین ما إذا باع غیر المالک لنفسه ثم ملکه أو اجازه أو لم یجزه، و بین ما إذا باع المال لمالکه ثم ملکه و أجاز أو لم یجز.

فنقول قد یقال بان غیر المالک إذا باع المال لنفسه ثم ملکه و اجازه یصح البیع المزبور، و بتعبیر آخر لا یعتبر فی المجیزان یکون مالکا للمال حین إنشاء عقد الفضولی، کما هو ظاهر المحقق فی باب الزکاة من المعتبر، حیث ذکر انه لو باع المالک النصاب قبل إخراج الزکاة أو رهنه صح البیع و الرهن بالإضافة الی غیر مقدار الزکاة فإن أدی الزکاة من مال آخر، قال الشیخ صح البیع و الرهن فی تمام النصاب، و فیه إشکال لأن حصة الزکاة مملوکة لأرباب الزکاة و إذا أدی المالک الزکاة من مال آخر ملک تلک الحصة بملک جدید، فافتقر بیع تلک الحصة إلی إجازة جدیدة، کما فی مسئلة من باع شیئا ثم ملک انتهی. فان ظاهر هذا الکلام ان المحقق (ره) یری تمام البیع فیما إذا باع المال ثم ملکه و اجازه.

بل یمکن ان یستظهر مما حکاه عن الشیخ (ره) عدم الحاجة فی تمام البیع المزبور إلی الإجازة، و لکن الاستظهار قابل للخدشة، فإنه یحتمل ان یکون تعلق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۰

....

الزکاة من قبیل الکلی علی الذمة، و ان العین الزکویة کالرهن لذلک الکلی، فلو امتنع مالک النصاب عن أداء ما علیه من الزکاة، یجوز لولیها الأخذ بتلک العین لاستیفاء ما علی عهدة مالک النصاب، نظیر أخذ المرتهن بالعین المرهونة، لاستیفاء ما علی عهدة الراهن فی فرض امتناعه عن أداء دینه، و علی ذلک فالعین الخارجیة بتمامها ملک لمالک النصاب، غایة الأمر یتعلق بها حق الزکاة، و یسقط ذلک الحق بأدائها من مال آخر، نظیر ما إذا باع الراهن العین المرهونة ثم فک الرهن بأداء دینه فإنه قد مر عدم الحاجة فی صحة هذا البیع إلی الإجازة، کما یحتمل ان یکون تعلق الزکاة بالعین الخارجیة کتعلق حق الجنایة بالعبد فی جنایته خطاء بان یجوز لمالک النصاب بیعه بتمامه و یصح منه البیع، کجواز بیع العبد الجانی، و تتعلق الزکاة بذمة المالک، غایة الأمران المالک لو امتنع عن أداء الزکاة و إفراغ ذمته منه، یجوز لولی الزکاة أخذ الزکاة من النصاب بإبطال البیع المزبور، و فسخه فی مقدارها، کما فی امتناع مولی العبد الجانی من أداء أرش الجنایة فیمکن ان یکون ظاهر کلام الشیخ (ره) فی عدم الحاجة الی الإجازة مبنیا علی ذلک، فلا یرتبط عدم الحاجة الی الإجازة فی الفرع المزبور بمسئلة من باع شیئا ثم ملک.

و ذکر السید الیزدی (ره) فی تعلیقته ان تعلق الزکاة بالنصاب لا- یحتمل کونه من قبیل تعلق حق الجنایة بالعبد الجانی خطاء لان المعروف بینهم انه یجوز للساعی و الحاکم تتبع العین فیما إذا باع المالک النصاب قبل أداء الزکاة من مال آخر.

(أقول) ان کان مرادهم من تتبع العین فیما إذا لم یؤد الزکاة بعد بیع النصاب تتبعها مع امتناع المالک من مال آخر فحق الرهانة و حق الجنایة مشترکان فی ذلک،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۱

....

و ان کان مرادهم تتبعها و لو من غیر امتناعه فالأمر أیضا کذلک لان جواز تتبع العین لا یلازم جواز تملکها مطلقا بل جواز التملک یکون بعد امتناع المالک من أداء الزکاة من مال آخر سواء کان تعلقها من قبیل حق الرهانة أو من قبیل حق أرش الجنایة.

و الحاصل- ان الفرق بین تعلق حق الرهن و تعلق حق الجنایة بعدم تمام بیع العین المرهونة إلا بفک الرهن أو اجازة المرتهن بخلاف بیع العبد الجانی خطاء فإنه یتم، و لکن یکون للمجنی علیه أو ولیه حق فسخ بیعه فی فرض امتناع مولاه البائع عن أداء أقل الأمرین من قیمته و أرش الجنایة- غیر مناف لما هو المعروف بینهم من جواز تتبع العین و فی صحیحة عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه علیه السّلام رجل لم یزک أبله أو شاته عامین فباعها علی من اشتراها أن یزکیها لما مضی قال نعم تؤخذ منه ذکاتها و یتبع بها البائع أو یؤدی زکاتها البائع «۱» و ظاهرها لا ینافی کون الزکاة من قبیل حق الرهن أو حق أرش الجنایة.

و لکن الأظهر عدم کون الزکاة من قبیلهما، و لا- من قبیل الکلی فی المعین لعدم حساب التالف علی مالک النصاب فقط، کما لا تکون من الإشاعة فی العین، کما هو مقتضی إیجاب الشاة فی نصاب الإبل، بل بنحو الإشاعة فی المالیة و یجوز للمالک التصرف فی بعض النصاب فیما إذا کان قصده إخراجها من الباقی، لأن القصد المزبور عزل للزکاة فی الباقی، و یصح بیع تمام النصاب مع إخراج الزکاة من مال آخر و لو بعد البیع، و تمام الکلام فی محله.

---

(۱) وسائل الجزء (۶) باب ۱۲ من أبواب زکاة الانعام

و بهذا القول صرح الشهید (ره) فی الدروس (۱)

---

(۱) ای صرح الشهید (ره) فی الدروس بصحة البیع فیما إذا باع المال لنفسه ثم ملکه و أجازه، و هذا ایضا ظاهر المحکی عن الصیمری، و لکن المحکی عن المحقق الثانی فی تعلیق الإرشاد هو البطلان، و مال الیه بعض المتأخرین، و الأقوی هو القول بالصحة للأصل و العمومات.

أقول- لعل مراده (ره) من الأصل هو الإطلاق و العموم فی أدلة إمضاء البیع و وجوب الوفاء بالعقود فیکون العمومات السلیمة عطفا تفسیریا، و لو کان مراده بالأصل أصالة عدم اشتراط کون المجیز مالکا حال إنشاء العقد، فقد ذکر (ره) فی موارد من أن مقتضی الأصل العملی فی موارد المعاملات هو الفساد، لأصالة عدم ترتب الأثر علیها.

لا یقال- ما الفرق بین المقام ای ما إذا شک فی شرطیة ملک المجیز حال العقد فی صحة البیع، و بین الشک فی شرطیة شیء لمتعلق الأمر علی ما هو المعروف فی دوران أمر الواجب بین الأقل و الأکثر الارتباطیین، حیث یرجع هناک بأصالة عدم الشرطیة، و لا یرجع إلیها فی المقام.

فإنه یقال- المراد بأصالة عدم الشرطیة فی دوران أمر الواجب بین کونه مطلقا أو مشروطا هی البراءة عن وجوب المشروط و الفرق بین هناک و المقام ان الحکم المفروض فی مسئلة دوران الواجب بین الأقل و الأکثر واحد یتردد متعلقة بین کونه الطبیعی بنحو اللابشرط، أو کونه بشرط شیء فتجری أصالة البراءة فی ناحیة تعلقه بالطبیعی بشرط شیء، بعد معارضة استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبیعی بشرط شیء مع أصالة عدم تعلقه بالطبیعی بنحو اللابشرط و أصالة البراءة عن وجوب

و ربما لا یجری فیه ما ذکر هناک (۱).

الطبیعی المشروط بشیء لا یعارضها أصالة البراءة عن وجوب الطبیعی بنحو لا بشرط، لان رفع التکلیف علی تقدیر تعلقه بالطبیعی بنحو اللابشرط خلاف الامتنان، و لکن لا یجری ذلک فی مثل المقام مما یکون الحکم فیه انحلالیا کحل البیع أو وجوب الوفاء بالعقد فان کل بیع یکون مجیزه مالکا حال إنشائه تعلق به الحل و لزوم الوفاء جزما و الشک فی تعلق حل آخر أو وجوب الوفاء بالبیع الآخر أیضا و هو البیع الذی لا یکون مجیزه حال إنشائه مالکا للمال، و استصحاب عدم تعلق الحل و الإمضاء و وجوب الوفاء به یجری بلا معارض، و لذا یحتاج فی الحکم بصحة البیع فیما إذا باع شیئا ثم ملک و أجاز إلی إثبات الإطلاق و العموم فی أدلة الإمضاء و لزوم العقد.

(۱) یعنی ربما لا یأتی فی توجیه الصحة فی هذه المسئلة ما وجه به صحة البیع فیما إذا بیع المال فضولا و أجازه من کان مالکا له زمان العقد حیث تقدم فی توجیه الصحة هناک ان العاقد و لو قصد البیع لنفسه الا انه فی الحقیقة قاصد البیع للمالک حال العقد فان قصده البیع لنفسه مبنی علی کونه مالکا للمال و لو عدوانا فیتم البیع للمالک بإجازته بخلاف المقام فان البیع واقع فی الحقیقة للمالک حال العقد لا للبائع المفروض کونه مجیزا.

(أقول) قد ذکرنا فی تلک المسئلة ان البیع لا یقع للمالک لان حقیقته تملیک عین بعوض و المراد بوقوعه للمالک هو انتسابه الیه و هذا الانتساب و ان لا یدخل فی حقیقة البیع الا انه یعتبر فی صحته و نفوذه و یتحقق بمباشرة المالک لإنشاء البیع أو بکون إنشائه بإذنه أو بإجازته.

و الحاصل قصد الفضولی البیع لنفسه لغو و قصد زائد علی أصل إنشاء البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۴

الثانی حیث جوزنا بیع غیر المملوک (۱).

و ینتسب البیع الی المالک بالإجازهٔ سواء کان المالک المجیز مالکا للمال حال العقد أیضا أم لا.

(۱) و حاصله قد التزمنا بان عقد الفضولی المعروف یتم بإجازهٔ مالک المال مع کون العاقد غیر مالک للمال و لم یکن عقده بإذن المالک و برضاه کما انه لم یکن قادرا علی تسلیم المال لان ملک المال و الرضا و التمکن علی التسلیم یعتبر فی المالک حال العقد الذی یجیزه لأنه البائع حقیقهٔ و المفروض فی مسئلهٔ من باع شیئا ثم ملک و أجاز ان المالک المزبور لم یجز العقد بل اجازه من تملک المال بعد ذلک العقد و أجاب (ره) عن ذلک بأنه لا یعتبر فی تمام عقد الفضولی ملک المجیز المال حال العقد بل یکفی فیه ملکه حال الإجازهٔ و الرضا لان الوجه فی اعتبار کل ذلک عدم حل المال للغیر بغیر طیب نفس مالکه و رضاه و کون تصرف الغیر فی المال المزبور بلا رضاه ظلما و تعدیا علی المالک و ان سلطنهٔ التصرف فی المال تثبت للمالک لا لغیره و مع اجازهٔ المالک الجدید یراعی کل ذلک و اما التمکن علی التسلیم فلا بعد فی اعتباره فی مالک المال حال العقد لأن الإجازهٔ تصحح العقد الذی لا یکون فیه نقص من غیر جههٔ اجازهٔ المالک.

(أقول) لا وجه لاعتبار القدرهٔ علی التسلیم فی المالک حال العقد بل یعتبر التمکن فیمن یجب علیه الوفاء بالعقد فی ظرف استحقاق الطرف المطالبهٔ بالمال و بإحراز هذا التمکن حال العقد ینتفی الغرر و یتم البیع کما هو مقتضی إطلاق أدلهٔ الإمضاء و عموم دلیل وجوب الوفاء بالعقد.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۵

الإجازهٔ حیث صحت کانت کاشفهٔ علی الأصح مطلقا (۱).

---

(۱) و حاصله ان اعتبار الإجازهٔ یکون علی الأصح بطور الکشف لا النقل کما تقدم سابقا و اعتبارها بالنحو المزبور لا یختص بمورد دون مورد بل کلما فرض نفوذ الإجازهٔ و صحتها فاللازم کونها کاشفهٔ لأن الدلیل علی اعتبارها بنحو الکشف مطلق یعم جمیع مواردها و حیث ان اعتبارها فی المقام بنحو الکشف بان تکون إجازهٔ البائع المجیز کاشفهٔ عن تمام الملک للطرفین من حین العقد مع الأصیل غیر ممکن لاستلزام ذلک دخول المال فی ملک الأصیل قبل دخوله فی ملک البائع فلا بد من القول بعدم نفوذ الإجازهٔ و کونها لغوا حیث لا دلیل علی اعتبارها فی المقام بالنحو الآخر.

و فیه ان ما ذکر من اعتبار الإجازهٔ بنحو الکشف لا یختص بمورد دون مورد صحیح الا انه لیس لازم ذلک تمام الملک للطرفین من حین العقد فضولا ای من زمان إیجابه و قبوله و لذا تکون فی الهبهٔ الفضولیهٔ کاشفهٔ عن تمام الملک للمتهب من حین حصول القبض و بما ان من شرط تمام الملک للأصیل انتقال المال الیه من البائع المجیز لانه المالک حال الإجازهٔ و بها یستند البیع الیه فیکون انتقال مال المجیز إلی الأصیل من زمان کون المجیز مالکا و هذا معنی کون الإجازهٔ معتبرا بنحو الکشف و لیس فی الالتزام بذلک أی محذور لا- محذور فقد المقتضی أی فقد الدلیل علی اعتبار الإجازهٔ فإنه یکفی فی اعتبارها إطلاق دلیل إمضاء المعاملات و عموم وجوب الوفاء بالعقود علی ما مر آنفا و لا محذور المانع سواء کان من ناحیهٔ العقل أو من الشرع بان قام دلیل علی إلغاء هذا النحو من الکشف.

لا یقال إذا کان فی المقام انتقال المال إلی المشتری الأصیل من حین تملک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۶

....

المجیز المتاع تکون أجازته نظیر تخصیص المالک حال العقد إجازته فی عقد الفضولی المعروف بزمان متأخر عن زمان العقد.

فإنه یقال هذا التخصیص یمنع عن صحة الإجازة فیما إذا کان انتقال المال إلی الأصیل من حین العقد ممکنا و لا یمکن الانتقال کذلک فی المقام و کذا لا یضر فی إجازة البائع کونها رضاء بالعقد الذی مدلوله النقل من حینه و وجه عدم القدح ان المال غیر قابل للانتقال الا من زمان تملک المجیز فیکون عموم الإجازة بالإضافة الی ما قبل ذلک الزمان ملغی نظیر الإجازة فیما إذا کان القبض فیه شرطا للانتقال.

أقول لا یخفی ان اجازة البائع فی المسألة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله و هو جعل ملکیة المال للمشتری من حین ذلک العقد و لکن لا- یتبع الإمضاء الشرعی تلک الإجازة الا من زمان تملک المجیز جمعا بین مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ و ما دل علی عدم سلطنة الإنسان بمال الغیر فیکون التفکیک فی المقام نظیر عدم تبعیة الإمضاء الشرعی للبیع فی الصرف و السلم الا من حین حصول القبض و لو أجاز البائع فی المسألة بعد تملکه المال العقد السابق لا بتمام مدلوله کما لو صرح بإجازته ذلک العقد بإمضائه بعض مدلوله و هی الملکیة من حین تملکه فلا تکون أجازته مطابقة لمدلوله من غیر فرق بین المقام و اجازة عقد الفضولی المعروف کما إذا أجاز المالک فیه علی مسلک الکشف بنحو النقل حیث تقدم فساد تلک الإجازة.

و الحاصل إجازة البائع العقد من حین تملکه المتاع غیر الحکم بانتقال المتاع إلی المشتری الأصیل من ذلک الحین فإن الثانی یتعین الالتزام به و اما الأول فلا تصحح البیع السابق لما تقدم من انه لا بد من مطابقة الإجازة مع مدلول العقد.

و ذکر النائینی (ره) فی المقام انه فرق بین عقد الفضولی و تمامه بإجازة المالک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۷

الرابع ان العقد الأول (۱).

حال العقد و بین مسألة من باع شیئا ثم ملک و أجاز حیث ان الإجازة فی الثانی لا تؤثر شیئا و الوجه فی ذلک ان من شرط الإجازة و نفوذها عدم رد العقد قبلها و ان مع الرد لا یبقی عقد لیتعلق به الإجازة و بیع المالک المال من البائع رد فعلی لذلک العقد فلا ینفعه إجازة البائع بعد تملک المال.

و لکن لا- یخفی ما فیه فإنه کما تقدم سابقا لا اثر لرد المالک و ان عقد الفضولی لا یکون معه ملغی و علی تقدیر الالتزام بنفوذ الرد فلا ینبغی الریب فی ان الرد من الأمور الإنشائیة یحتاج الی القصد و المفروض فی المقام ان المالک باع المال من بایعه و لم یرد إلغاء العقد السابق و ینتفی ببیعه قابلیة عقد الفضولی لإجازة المالک حال العقد حیث یخرج ببیعه عن کونه مالکا للمال و یبقی قابلیته لإجازة البائع الذی تملک المال من مالکه.

أضف الی ذلک انه ربما یکون تملک البائع فضولا المال لا بالمعاملة مع المالک بل بالإرث و نحوه و معه لا مجال لتوهم الرد.

(۱) و بتعبیر آخر صحة الإجازة من البائع موقوفة علی تمام البیع الثانی لیتملک البائع المزبور المال من مالکه الأصلی لیجیز بیعه الأول الذی کان فضولیا ففی زمان البیع الثانی لا بد من کون المال ملکا لمالکه الأصلی لیجعل ملکه للبائع المجیز بالبیع المزبور کما یلزم ان یکون ملکا للمشتری فی البیع الأول الذی اشتراه من البائع الفضولی باعتبار ان ذلک مقتضی اعتبار الإجازة و صحتها بنحو الکشف.

و الحاصل یجتمع ملکان فی زمان واحد فی مال واحد و هذا غیر ممکن.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱۸

فیکون صحة الأول مستلزمة لکون المال المعین ملکا للمالک و المشتری معا فی زمان واحد (۱).

لا يقال يأتى هذا الإشكال فى كل بيع فضولى فإن صحة الإجازة موقوفة على كون المجيز مالكا حال الإجازة حيث يعتبر فى تمام البيع فضولا-اجازة المالك و صحة إجازته و اعتبارها بطور الكشف مقتضاها كون المال فى زمان الإجازة ملكا للمشترى فى ذلك البيع الفضولى فاجتمع فى مال واحد فى زمان واحد ملكان.

فإنه يقال يكفى فى الإجازة و نفوذها الملك الظاهرى للمجيز الحاصل له بالاستصحاب بخلاف صحة البيع الثانى فى مسئلة من باع شيئا ثم ملكه بالشراء و أجاز البيع الأول فإن الاشتراء لا يتم الا مع ثبوت الملك حقيقة للمالك الأصلى.

(۱) يعنى يكون صحة بيع البائع فضولا بلحوق أجازته مستلزمة لكون المتاع ملكا للمالك الأصلى ليشتريه البائع منه و يجيز البيع الأول و ان يكون ملكا للمشترى من البائع فضولا فى ذلك الزمان كما هو مقتضى كون الإجازة كاشفة فوجود الثانى أى صحة بيع المالك الأصلى يقتضى عدم صحة بيع البائع فضولا و ان لا يكون المتاع ملكا للمشترى الأول و صحة بيع البائع أى الأول فضولا يقتضى بطلان بيع المالك الأصلى و ان لا يكون مالك الأصلى فى زمان البيع الثانى مالكا للمتاع فيلزم ان يكون المالك الأصلى فى زمان مالكا و ان لا يكون فى ذلك الزمان.

و لا يخفى ان الوجه الرابع كما ذكر مبنى على كون إجازة البائع بعد تملكه المال كاشفة عن حصول الملك للمشترى من حين العقد الأول و لكن قد تقدم فى الجواب عن الوجه الثالث ضعفه و ان أجازته تكون كاشفة عن حصول الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۱۹

نعم يبقى فى المقام الاشكال الوارد (۱).

للمشترى من حين تملك المجيز فإنه أول زمان إمكان انتقال ذلك المال الى ملك المشترى عن ملك المجيز.

(۱) الاشكال العام مبنى على مسلك الكشف الحقيقى فإنه بناء عليه يكون المال قبل حصول الإجازة ملكا للمشترى كما هو مقتضى اعتبارها بنحو الكشف و يكون ملكا للمجيز لتكون أجازته نافذة حيث يعتبر ملك المجيز و إذا انضم هذا الاشكال العام إلى الإشكال الجارى فى خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثانى ملكا لثلاثة المالك الأصلى ليصح بيعه من العاقد و للعاقد فإنه مقتضى تلقى المشترى الملك منه و للمشترى كما هو مقتضى اعتبار الإجازة بنحو الكشف و ما ذكر فى دفع الاشكال العام بكفاية المالك الظاهرى الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد لان استناد البيع الى المجيز و كشف أجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكا و إذا أحرز بعد ذلك عدم كونه مالكا فلا يفيد أجازته حيث لا أثر للحكم الظاهرى بعد انكشاف الواقع فيكون الفرض كما إذا انكشف ان المال كان ملكا لشخص آخر.

و الحاصل ان اعتبار الملك فى المجيز شرط واقعى.

و ايضا ما ذكره فى المقام التفرقة بين نفوذ الإجازة و نفوذ البيع الثانى من اعتبار الملك الواقعى فى الثانى دون الإجازة فإن الإجازة إسقاط حق يكفى فيه الملك الظاهرى لا يمكن المساعدة عليه فان تمام بيع المالك يكون بإجازته فيلزم كونه مالكا واقعا بل إذا لم يكن له ملك واقعا أو حق كذلك فكيف يصح منه الإسقاط.

أقول لو قام الدليل على اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقى فلا بد من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۲۰

و الخامس ان الإجازة المتأخرة (۱).

الالتزام بان المعتبر فى الإجازة كون المجيز مالكا لو لا الإجازة و لا وجه لما يظهر من المصنف (ره) من التزم بالإشكال العام و انه يلزم

عليه اجتماع ملكين مستقلين فى مال واحد على مسلك الكشف الحقيقى كما لا يخفى.

(١) و هذا الوجه ايضا مبنى على كون الإجازة كاشفة عن حصول الملك للمشترى الأصيل من حين وقوع البيع الأول فإنه عليه تكون إجازة البائع البيع الأول بعد تملكه المال كاشفة عن حصول ملك ذلك المال للمشترى من حين البيع الأول فيكون بيع المالك الأصلى ذلك المال من البائع الأول مصادفا لملك المشترى الأصيل واقعا فيتوقف نفوذ البيع الثانى على اجازة ذلك المشترى نظير ما صدر البيع الثانى الصادر عن أجنبى و أجاز المالك الأصلى البيع الأول فإن معها تكون صحة البيع الثانى الصادر عن الأجنبى موقوفة على إجازة المشترى الأول بلا كلام و حيث ان فى المقام صحة البيع الأول موقوفة على إجازة البائع فضولا تكون النتيجة توقف نفوذ كل من إجازتى المشترى الأول و البائع فضولا على الأخرى و تكون صحة كلا البيعين موقوفة على إجازة المشترى الأول لاعتبار رضاه فى تمام البيع الثانى و لتوقف تمام البيع الأول على البيع الثانى الموقوف على أجازته على الفرض.

و لازم ذلك عدم استحقاق المالك الأصلى شيئا من الثمن و المثمن بل يكون المبيع للمشترى الأول بلا ثمن فيما إذا كان مقدار الثمن فى البيع الأول مساويا لمقداره فى البيع الثانى لأن الثمن فى البيع الأول يستحقه البائع عليه و يستحق المشترى المزبور الثمن فى البيع الثانى على البائع باعتبار مصادفة ذلك البيع ملكه واقعا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٢، ص: ۴۲۱

السادس- ان من المعلوم انه يكفى (١)

و بهذا يظهر ان المشترى المزبور يستحق المبيع بأقل من الثمن فى البيع الأول فيما إذا كان الثمن فيه أكثر من الثمن فى البيع الثانى و تسحقه مع زائد فيما إذا كان الأمر بالعكس.

(١) و حاصل هذا الوجه أن بيع المالك الأصلى المال من العاقد الفضولى فسخ فعلى لبيع الفضولى فلا يكون ذلك البيع قابلا للإجازة و الوجه فى كونه فسخا فعليا ان عقد الفضولى لا يزيد على العقد الخيارى و كما ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه ببيعه من آخر فسخ فعلى لذلك البيع الخيارى كذلك تصرف المالك الأصلى فى ماله ببيعه من العاقد الفضولى أو غيره فسخ و إبطال لبيع الفضولى بل يكون تصرف المالك الأصلى أولى بالفسخ من تصرف ذى الخيار حيث يمكن ان يقال ان البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى الا بالفسخ القولى بخلاف إلغاء بيع الفضولى فهو باعتبار عدم تمامه قبل الإجازة يكون ملغى بالفعل قطعا.

و أجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بان مجرد تصرف المالك الأصلى فى ماله الجارى عليه البيع فضولا لا يكون ردا و إلغاء لعقد الفضولى حتى لا يكون قابلا للإجازة بل غاية الأمر يكون تصرفه موجبا لفوت محل الإجازة اما مطلقا كما إذا زوجت المنكوحة فضولا نفسها من الآخر أو بالإضافة إلى المتصرف فقط كما فى مسئلة بيع المالك الأصلى فإن للتملك اجازة البيع الجارى على ذلك المال فضولا و قياس تصرف المالك الأصلى بتصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فاسد لان تصرف ذى الخيار فيما انتقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٢، ص: ۴۲۲

السابع- الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك (١)

عنه لا يمكن الا بفسخ البيع الخيارى و إبطاله بخلاف تصرف المالك الأصلى فإن المال باعتبار عدم تمام البيع فضولا باق على ملكه فيجوز له التصرف فيه مع إمكان إجازة البيع الأول و لحوق الإجازة به من مالكه الجديد.

نعم لو كان قصد المالك الأصلى من تصرفه إلغاء البيع الأول يكون تصرفه مع القصد المزبور ردا لذلك العقد فلا يصلح بعده للحوق الإجازة.

أقول قد تقدم فى ذيل نقل هذا الوجه عن النائينى (ره) انه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق دليل حل البيع

بالإضافة إلی البیع الأول فیما إذا اجازه المالک الجدید حتی فی مورد قصد المالک الأصلی إلغاء ذلک البیع فإنه ذکرنا عدم الأثر لقصده الإلغاء و لا یمکن إثباته بحدیث سلطة الناس علی أموالهم.

(۱) الأخبار المذکورة فی هذا الوجه علی طوائف ثلاث: الاولی بعض الاخبار الضعاف الحاکیة لنهی النبی (ص) عن بیع ما لیس عندک کروایتی الحسین ابن زید و سلیمان بن صالح «۱» و النهی المزبور یعم ما إذا کان بیع ما لیس عنده من بیع الکلی أو الشخصی و لکن یتعین رفع الید عن إطلاقه بالحمل علی صورة کون المبیع شخصا لما نشیر الی الروایات المعتبرة الدالة علی جواز بیع الکلی علی العهدة مع عدم ملک الشخص حال البیع کما ان النهی المزبور اما إرشاد إلی فساد

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷) من أبواب أحکام العقود الحدیث (۲- ۵)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۲۳

....

بیع ما لیس عنده بالإضافة الی کل من بایعه و مالک المال أو الی فساده بالإضافة إلی بائعه فقط.

و علی الأول یرفع الید عن الإطلاق بالإضافة إلی مالک المال لما تقدم من الدلیل علی صحة بیع الفضولی و تمامه بإجازة المالک و علی التقدیرین یکون مقتضی النهی عدم تمام ذلک البیع بالإضافة إلی بائعه سواء تملک المال و أجاز بیعه أم لا بل الظاهر إرادة صورة تملکه لان عدم تمام البیع بالإضافة إلی بائعه فی غیر صورة تملکه لا یحتاج الی البیان.

و أجاب المصنف (ره) عن الاستدلال بأنه لا نظر فی النهی المزبور إلی صورة إجازة بائعه بعد تملکه لأن المنفی بالنهی الإرشادی الصحة التی یراها المتبایعان بحسب معاملتهم و هی انتقال ذلک المتاع إلی المشتری و انتقال الثمن إلی البائع بحیث یکون للمشتری حق إلزام البائع بتحصیل ذلک المتاع و للبائع حق إلزام المشتری بأخذه و التصرف فی الثمن و اما الصحة التی یلتزم بها فی المقام و هی ترتب أثر المعاملة علی البیع بإجازة بائعه بعد تملکه المتاع أخذا بإطلاق دلیل حل البیع و عموم وجوب الوفاء بالعقد فلا دلالة للنهی المزبور علی نفیها.

أقول لا یخفی أن إلزام المشتری البائع بتحصیل المبیع و دفعه الیه و کذا جواز تصرف البائع فی الثمن من آثار انتقال المالین و إذا کان النهی المزبور بیانا لعدم حصول النقل و الانتقال شرعا یکون مقتضی إطلاقه عدم حصوله حتی فیما أجاز البیع بایعه بعد تملکه المال.

و لو کان مدلول النهی عدم حصول النقل و الانتقال بمجرد البیع المزبور لما صح التمسک به فی دفع دعوی حصول النقل و الانتقال فی بیع ما لیس عنده بعد تملک البائع المال و حصول التقابض بین البائع و المشتری.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۲۴

....

و الحاصل ان المنفی بالنهی هی صحة المعاملة شرعا و هی حصول النقل و الانتقال کما فی النهی عن بیع فی سائر الموارد و مقتضی إطلاقه و عدم تقییده بمثل قوله الا ان یجیزه إذا صار المال عندک عدم صحته بإجازة بایعه.

نعم بالإضافة إلی اجازة المالک حال العقد فیرفع الید عن إطلاق النهی علی تقدیره بما دل علی تمام بیع الفضولی بإجازته أی بالروایات الخاصة الدالة علی صحة بیع الفضولی بإجازة المالک حال العقد لا بإطلاق خطاب حل البیع و عموم وجوب الوفاء بالعقد کما لا یخفی.

الطائفة الثانیة ما تضمن النهی عن بیع الکلی مع عدم ملک الشخص حال البیع کما هو ظاهر صحیحة معاویة بن عمار قال قلت لأبی

عبد اللّه علیه السّلام یجیئنی الرجل یطلب منی بیع الحریر و لیس عندی منه شیء فیقاولنی علیه و أقاوله فی الربح و الأجل حتی یجتمع علی شیء ثم اذهب فاشتری له الحریر فأدعوه إلیه قال أ رأیت ان وجد بیعا هو أحب إلیه مما عندک أ یستطیع ان ینصرف الیه و یدعک أو وجدت أنت ذلک أ تستطیع ان تنصرف الیه و تدعه قلت نعم قال فلا بأس «۱» فلا بد من ان یحمل النهی فی هذه علی الکراهة أو علی التقیة لأنها معارضة بالروایات المعتبرة الدالة علی جواز بیع الکلی مع عدم تملک الفرد منه حال البیع کصحیحة عبد الرحمن بن الحجاج قال سئلت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرجل یشتری الطعام من الرجل لیس عنده فیشتری منه حالا قال لا بأس به قلت انهم یفسدونه عندنا

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۸) من أبواب أحکام العقود الحدیث (۷)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۲۵

....

قال و أی شیء یقولون فی السلم قلت لا یرون به بأسا یقولون هذا إلی أجل و إذا کان الی غیر أجل و لیس عند صاحبه فلا یصلح فقال إذا لم یکن إلی أجل کان أجود ثم قال لا بأس بان یشتری الطعام و لیس هو عند صاحبه حالا و الی أجل الحدیث «۱» و قریب منها غیرها و اما صحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السّلام قال سألته عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لی متاعا لعلی أشتریه منک بنقد أو نسیئة فابتاعه الرجل من اجله قال لیس به بأس إنما یشتریه منه بعد ما یملکه «۲» فقد یقال بظهورها فی خصوص بیع العین الخارجیة.

و لکن لا یخفی ما فیه فان ظهورها فی تعلق الشراء الثانی بنفس ما ابتاعه البائع و ان لا ینکر الا انه لم یفرض فیها ان ما ابتاعه البائع کانت عینا خارجیة أو کلیا علی العهدة و یبیعه من طالبه بعد قبضه بل یعم ما إذا کان ما اشتراه کلیا و یبیعه من الطالب قبل قبضه و نظیرها صحیحة منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی رجل أمر رجلا یشتری له متاعا فیشتریه منه قال لا بأس بذلک انما البیع بعد ما یشتریه «۳».

و الحاصل ان مقتضی تعلیل الجواز فیهما بقوله انما البیع بعد ما یشتریه أو بأنه انما یشتریه منه بعد ما یملکه عدم جواز بیع الشیء قبل تملکه حتی فیما کان البیع ملحوقا بإجازة بایعه غایة الأمر یحمل الصحیحتین علی خصوص بیع العین الخارجیة لما تقدم من جواز بیع الکلی قبل تملک الشخص.

الطائفة الثالثة ما ورد فی بیع العین الخارجیة کمصححة یحیی بن الحجاج

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷) من أبواب أحکام العقود الحدیث (۱)

(۲) الوسائل الجزء ۱۲ الباب (۸) من أبواب أحکام العقود الحدیث (۸)

(۳) الوسائل الجزء ۱۲ الباب (۸) من أبواب أحکام العقود الحدیث (۶)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۲۶

....

قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل قال لی اشتر لی هذا الثوب و هذه الدابة و بعینها أربحک فیها کذا و کذا قال لا بأس اشترها و لا تواجبه قبل ان تستوجبها أو تشتریها «۱» و روایة خالد بن الحجاج قال قلت لا بعبد اللّه علیه السّلام الرجل یجیء فیقول اشتر

هـذا الثوب و أربحك كـذا و كذا قال أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام «۲» و مقتضاهمـا انه لاـ بـد من إنشـاء البيع مع المشترى بعـد تملـك المتاع بان لا يكون فى البين إلزام و التزام معاملى بالإضافة الى كل من البائع و المشترى من قبل و لو كان البيع فى مسئلة من باع شـيئا ثم ملك و أجاز نافذا لكان فى البين إلزام و التزام معاملى من قبل على المشـترى للزوم العقـد عليه من الأـول أو من حين تملـك البـائع و رضـاه ببيعه مع أن ظـاهر الروايتين ان المشترى لاـ بـد من أن يكون مختارا حتى بعد تملك البائع و رضاه بالبيع منه و هذا لا يكون الا مع فساد البيع الأول و عدم تمامه بإجازة بائعه.

و لكن فى النفس بالإضافة إلى الروايتين احتمال آخر و هو أن يكون الثوب أو الدابـة المفروض فيهما كان ملكا للمشترى و طلب من الرجـل اشترائه منه نقـدا و يبيعه منه ثانيـا نسيئة كمـا هو قسم من بيع العينـة و معه يكون بيع الرجل الثوب أو الدابـة قبل تملكه محكوما بالبطلان و لو قيل فى مسـئلة من باع شـيئا ثم ملك و أجاز بصـحة البيع الأول و ذلك فان الثوب أو الدابة بيعه من المشترى قبل تملكه من بيع المـال من من مالكه و هـذا أمر باطل و فى روايـة حسـين بن المنـذر قال قلت لأبى عبـد اللّه عليه السّـلام يجيئنى الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعه إياه ثم أشتريه منه

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۸) من أبواب أحكام العقود الحديث (۱۳)

(۲) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۸) من أبواب أحكام العقود الحديث (۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۲۷

و منه يظهر الجواب عن الاخبار (۱).

مكـانى قال إذا كان بالخيار إنشاء باع و إنشاء لم يبع و كنت أنت بالخيار ان شـئت اشتريت و ان شـئت لم تشتر فلا بأس فقلت ان أهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون ان جاء به بعد أشهر صلح قال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس «۱».

و المتحصـل من جميع مـا ذكرنـا أنه يتعين الحكم بالبطلاـن فى مسـئلة من باع شـيئا ثم ملك و أجاز لا بمجرد بعض الروايات الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك ليقال انها ضـعيفة سـندا لا يمكن الاعتماد عليها و لا بهاتين الروايتين ليقال انهما غير ظاهرتين فى المفروض فى المقـام بـل للنهى المسـتفاد من صـحيحتى محمـد بن مسـلم و منصـور بن حـازم و يرفع اليـد عن عموم ذلـك النهى بالإضافـة إلى بيع الكلى و يشـير الى ان مجرد تملك البائع و أجازته لا يفيـد فى المقام مصـححة الحسن بن زياد الطائى قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السّـلام انى كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاى ثم أعتقنى اللّه بعد فأجدد النكاح قال فقال علموا انك تزوجت قلت نعم قـد علموا فسـكتوا و لم يقولوا لى شـيئا قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك «۲» و نحوها صـحيحة معاوية بن وهب «۳» و وجه الإشارة ان مع عتق العبـد يكون نكاحه بيـده و لو كان لحوق أجازته بنكاحه السابق موجبا لتمامه لما كانت حاجـة الى الاسـتفسار عن علم مولاه بنكاحه و سكوته كما لا يخفى.

(۱) يعنى يظهر مما تقدم من ان الصحة التى يلتزم بها فى المقام ترتب الأثر

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب (۵) من أبواب أحكام العقود الحديث (۴)

(۲) الوسائل الجزء (۱۴) الباب (۲۶) من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث (۳).

(۳) الوسائل الجزء (۱۴) الباب (۲۶) من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث (۱)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۲۸

....

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۲، ص: ۴۲۸

على البيع السابق بإجازة بائعه بعد تملكه المتاع أخذا بإطلاق دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد و نفى هذه الصحة لا يستفاد من قوله (ص) لاتبع ما ليس عندك و انما يستفاد منه نفى الصحة التى يراها المشترى و البائع بحسب البيع السابق و هى انتقال المتاع إلى المشترى و انتقال الثمن البائع بحيث يكون للبائع التصرف فى ذلك الثمن و للمشترى إلزام البائع بتحصيل المتاع بلا حاجة الى إجازة البائع ثانيا- الجواب عن سائر الاخبار و انها ايضا ناظرة إلى نفى هذه الصحة خصوصا بقرينة قوله عليه السّلام فى صحيحة يحيى بن الحجاج (و لا تواجبه البيع) اى لا تتم البيع مع المشترى المزبور قبل شرائك.

لا- يقال إجازة البائع ثانيا فى مورد تلك الأخبار مفروضة حيث ان دفع البائع المال بعد تملكه إلى المشترى إجازة فعلية و النهى عن البيع مع فرض هذه الإجازة مقتضاه فساد ذلك البيع و عدم صحته بلحوق أجازته.

فإنه يقال لا يكون الدفع اجازة حيث انه وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذى حصل قبل تملك البائع و يرى البائع انه يلزم بالعمل به و هذا لا تحسب اجازة فإنه يعتبر فى الإجازة إظهار رضاه به من غير جهة الالتزام السابق كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس فى صيرورة المال حلالا للغير.

لا يقال لا يمكن الحكم بصحة البيع السابق بإجازة بايعه لان صحته بها ينافى ما فى رواية خالد بن الحجاج حيث ذكر فيها أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك و وجه المنافاة أنه بناء على صحة البيع السابق و تمامه بإجازة بايعه لا يكون للمشترى الامتناع و رفع اليد عن البيع حتى قبل إجازة بايعه لما تقدم سابقا من لزوم عقد الفضولى على الأصيل و لو قبل اجازة المالك مع ان ظاهر الرواية خلاف ذلك و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۲۹

ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات (۱).

البيع السابق لا يوجب على المشترى أمرا.

فإنه يقال قوله (ع) (ا ليس ان شاء.) و لو بقرينة صحيحة يحيى بن الحجاج كناية عن انه لا يكون قبل تملك البائع البيع اللازم على الطرفين و لا ينافى حصول اللازم من طرف المشترى فقط.

(۱) لا يخفى عدم حسن التعبير فان المراد انه لو قيل بفساد البيع فيمن باع شيئا ثم ملك و أجاز للأخبار المتقدمة فلا بد من الاقتصار فى الحكم بالبطلان بمدلول الاخبار و هو ما إذا وقع بيع الشيء عن البائع منجزا فإنه فى هذه الصورة لا يفيد إجازة البائع بعد تملك المال.

و اما إذا باع الشيء معلقا على اجازة بيعه بعد تملكه المال أو باعه معلقا على تملكه المال فيما بعد فإنه يحكم فيهما بتمام البيع السابق بإجازة بيعه بعد تملكه لخروج الفرضين عن الاخبار.

و يظهر ذلك ايضا من العلامة فى التذكرة و المختلف حيث علل المنع بالغرر و بعدم قدرة البائع على التسليم و مع تعليق البيع على تملكه المال أو على أجازته بعد تملكه لا يحصل البيع قبل الشرط ليكون غرريا أو لم يكن متمكنا على تسليم المال بل فعليته تكون مع حصول الشرط و لا يكون فى ذلك الزمان فى البين غرر و لا العجز عن التسليم.

أقول تقیید البیع بإجازهٔ بائعه بعد تملک المال أو بنفس تملکه و ان یقتضی عدم حصول البیع الا بعد فعلیهٔ الإجازهٔ أو بعد تملک المال حیث ان المشروط لا یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۳۰

....

فعلیا الا بحصول شرطه و مع فعلیهٔ البیع کما ذکرنا لا یکون فیه غرر ای جهالهٔ فی وصول المال إلی المشتری و یحصل القدرهٔ علی التسلیم لأن القدرهٔ المعتبرهٔ هی القدرهٔ عند تمام البیع و فی ظرف لزوم الوفاء بالعقد الا ان مع ذلک یحکم ببطلان البیع فی الصورتین أخذا بإطلاق ما دل علی اعتبار إنشاء البیع بعد الشراء و التملک کما هو ظاهر صحیحتی محمد بن مسلم و منصور بن حازم المتقدمتین فان مقتضاهما ان البیع لا یقع لبائعه إلا إذا کان إنشائه بعد تملک المال.

و بتعبیر آخر کون البائع مالکا شرط فی إنشاء البیع و وقوعه له.

هذا مع ان البیع موقوفا علی تملک بایعه أو إجازته بعد تملکه من التعلیق المبطل للمعاملهٔ.

لا یقال قد تقدم سابقا انه لا مانع من تعلیق المعاملهٔ علی ما یتوقف علیه صحتها فإنه یقال نعم و لکن قد ذکرنا فی المسألهٔ ان تملک البائع ما باعه و اجازهٔ بیعه بعده لا یصحح البیع السابق فلا یکون تعلیق البیع علی أحدهما موجبا لخروجه عن التعلیق المبطل.

و یشیر الی ما ذکرنا مثل صحیحهٔ محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السّلام قال سألته عن رجل قال ان تزوجت فلانهٔ فهی طالق و ان اشتریت فلانا فهو حر و ان اشتریت هذا الثوب فهو للمساکین فقال لیس بشیء لا یطلق الا بعد ما یملک و لا یعتق الا بعد ما یملک و لا یصدق الا بعد ما یملک «۱» حیث ان ظاهرها اعتبار وقوع الإنشاء حال فعلیهٔ الملک.

ثم انه بقی فی المقام انه کیف یمکن للبائع بیع المال عن نفسه منجزا و

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۵) الباب (۱۲) من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث (۲).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۳۱

و لو باع عن المالک فاتفق انتقاله إلی البائع (۱).

کیف تتم المعاملهٔ کذلک مع بناء المشتری و البائع ان المبیع ملک للغیر و لا یجری هنا ما ذکر فی بیع الغاصب سابقا لان بیع الغاصب کان مبنیا علی تملک المال قبل بیعه و لو عدوانا بخلاف المقام حیث ان المشتری فی المسألهٔ یتملک المال من بایعه مع بنائهما انه ملک الغیر و لذا یکون بعد بیعه بصدد شراء ذلک المال من مالکه لیسلمه إلی المشتری.

و یمکن الجواب عن ذلک بأنه لا مانع عن تملیک المال بإزاء الثمن باعتبار البائع نفسه مالکا لذلک المال عند بیعه لا عدوانا بل باعتبار أن علیه تحصیل ذلک المال و تسلیمه الی المشتری نظیر ما إذا باع المشتری المبیع من ثالث زمان خیار البائع ثم فسخ البائع البیع حیث یعتبر بالفسخ کون البائع مالکا للمبیع مع انه ملک للثالث و کما ان الاعتبار من جهةِ رجوع البائع ببدله إلی المشتری کذلک اعتبار البائع فی المقام مالکا باعتبار ان علیه تخلیص ذلک المال و تسلیمه الی المشتری.

(۱) لا یبعد انصراف اخبار لا تبع ما لیس عندک عن بیع المال لمالکه فاتفق انتقاله إلی البائع و أجاز لأنها ناظرهٔ الی عدم وقوع البیع عن البائع الذی قصد البیع عن نفسه الا ان المذکور فی صحیحهٔ محمد بن مسلم لیس به بأس و قوله علیه السّلام انما یشتریه بعد ما یملک یعمه فان ظاهره اعتبار وقوع إنشاء البیع بعد تملک المال و فی الفرض المزبور لم ینشأ البیع بعد تملکه.

و الحاصل ان دعوی خروج الفرض عن مورد الاخبار کدعوی خروج الفرضین المتقدمین بلا وجه نعم دعوی بطلان الإجازهٔ فی

الفرض لا لما ذكرنا بل لأن الإجازة لا متعلق لها فى الفرض لان البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الأصلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۲

و لو باع لثالث معتقدا لتملكه (۱).

و لا- معنى لإجازته بعد خروج المال عن ملكه و البيع عن البائع المجيز غير منشأ لا يمكن المساعدة عليها لما تقدم سابقا من ان البيع عبارة عن تمليك المال بالعوض و اما تعيين مالك المثمن أو الثمن فلا يدخل فى حقيقة البيع و مقتضى المعاوضة دخول الثمن فى ملك من يخرج عن ملكه المعوض و اسناد الغاصب البيع لنفسه و قصده تملك الثمن كان باعتبار بنائه على انه مالك المثمن فلا ينافى إنشاء المعاوضة و قصدها.

و فيما نحن فيه أيضا حقيقة البيع عبارة عن تمليك العين بعوض و حيث ان المثمن حال إنشاء البيع كان لمالكه الأصلى فقصد دخول الثمن فى ملكه لا- ينافى إنشاء المعاوضة بل يلائمها ثم إذا انتقل ذلك المال إلى البائع فبعد تملكه و أجازته البيع لا يختلف الإجازة عن العقد المجاز.

(۱) يعنى إذا باع البائع المال عن ثالث اعتقادا بأنه مالكه حال البيع أو عدوانا كما إذا كان ذلك الثالث غاصبا لذلك المال و أجاز هذا البيع مالكه الواقعى حال العقد فلا ينبغى الإشكال فى صحته لان الفرض داخل فى مسألة بيع الفضولى المعروف و اما إذا اتفق انتقال ذلك المال الى الثالث الذى بيع عنه أو الى نفس البائع و أجاز ذلك الثالث أو البائع فالظاهر ان هذا يدخل فى مسئلة من باع شيئا ثم ملك و أجاز فيحكم بفساده.

و وجه دخوله فيها انه قد استفيد من الاخبار المتقدمة فيها ان اجازة المالك الجديد لا يصحح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال فتدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۳

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا فى مسئلة المذكورة (۱).

---

(۱) و حاصله انه إذا لم يصح البيع فى المسألة السابقة أى فيما إذا باع المال ثم ملكه و أجاز بيعه لم يصح البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه بطريق الأولوية لأن المفروض فى المسألة الثانية عدم اجازة البيع السابق و عدم رضاه به بعد تملكه المال و يزيد هذه على السابقة فى ان مقتضى سلطنة المالك على ماله و عدم حله لغيره الا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال حيث يكون ظاهر رواية السلطنة و اعتبار طيب نفس المالك فى تملك الغير ماله سلطنته و طيب نفسه حال كونه مالكا.

لا- يقال مقتضى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم لزوم البيع السابق و تمامه باتفاق انتقال المال إلى بائعه و لذا ذكر فى الإيضاح انه بناء على تمام بيع الفضولى و صحته بإجازة المالك يصح بيع البائع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذى باعه قبل ذلك من غير حاجة الى إجازته.

فإنه يقال ان بيعه السابق كان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه و المقام من موارد استصحاب الخروج لا- التمسك بعموم العام حيث ان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالإضافة إلى الأزمنة استمرارى لا أفرادى و على تقدير الإغماض عن ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقود معارضا بعدم حل المال للغير إلا بطيبة نفس مالكه فيرجع الى أصالة الفساد هذا مع جريان فحوى ما ورد فى نكاح العبد بدون اذن مولاه و ان عتقه لا يفيد فى صحة النكاح السابق حتى مع رضاء العبد بالنكاح المزبور بعد عتقه الذى بمنزلة كونه مالكا لنفسه بل كان المجدى فى تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۴

و لو باع وكالة عن المالك (١).

المسألة الثالثة- ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف (٢).

ثم انه لا- يجرى عموم وجوب الوفاء فيما إذا باع المتاع عن المالك أو عن ثالث فاتفق ملك ذلك البائع حيث انه لم يكن العقد فى إنشائه مستندا إلى البائع ليقال بشمول وجوب الوفاء له بعد ملكه فالبيع فى الفرض مع عدم لحوق الإجازة به من بايعه باطل لان شمول العموم له أشكل من الفرض السابق.

أقول قد تقدم ان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ظاهره العقود المنتسبة الى الملاك بان يكون استناد العقد الى المالك حال كونه مالكا لا حال كونه أجنبيا فيكون خروج بيع الأجنبى عن العموم المزبور بالتخصص قبل تملكه المال و بعده.

و الحاصل ان المقام ليس من قبيل خروج فرد عن العام بالتخصيص ثم وقع الشك فى بقاء خروجه أو ثبوت حكم العام له ثانيا كما لا يخفى.

(١) و لو باع عن المالك وكالة ثم بان انعزاله عن الوكالة حال إنشاء البيع بموت الموكل و نحوه فلا ينبغى الريب فى عدم وقوع البيع للبائع سواء أجاز البيع أم لا لأن البائع أجنبى عن المال نعم يقع البيع للوارث مع أجازته حيث ان الفرض بالإضافة إلى الوارث يدخل فى مسألة بيع الفضولى المعروف و التقييد بالانعزال باعتبار ان مع عزله و ظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل حيث دلت الرواية على ان بيع الوكيل قبل عزله اليه نافذ على الموكل.

(٢) كان المفروض فى المسئلة الاولى كون المجيز مالكا حال العقد و لكن مع الحجر عليه لسفه أو رهن المال و فى المسألة الثانية عدم كون المجيز مالكا حال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٢، ص: ۴٣۵

....

العقد مع تجدد ملكه بعده و فى المسألة الثالثة أى هذه المسألة يكون المفروض ملك البائع و عدم الحجر عليه أو ولايته و لكن مع الاعتقاد بالخلاف بان يعتقد بان المال ليس له بل لغيره أو انه لا ولاية له على مالك المال.

و يقع الكلام فى هذه المسألة فى صور أربع الأولى- ما إذا باع المال عن مالكه باعتقاد انه لا ولاية له على مالك المال فظهر كونه وليا و المراد بالولاية ما تعم الولاية الشرعية و الوكالة كما إذا باع الجد مال الطفل باعتقاد عدم ولايته عليه أو باع مال الغير جاهلا بكونه وكيلا أو مأذونا عن قبله فى بيعه و ينبغى القول بصحة المعاملة فى الفرض و تمامها بلا حاجة الى لحوق الإجازة بها و الوجه فى ذلك ان تمام العقد من الولى يتوقف على استناده اليه و رضاه به و المفروض حصولهما حيث ان العقد كان بإنشائه و رضاه بانتقال مال الطفل الى الغير بالعوض و كذا إذا كان العاقد مأذونا واقعا أو وكيلا فإنه يكفى فى استناد معاملة المأذون أو الوكيل الى المالك أو موكله إظهاره رضاه بالمعاملة سواء كان ذلك الإظهار عند المأذون أو عند الآخرين أو كان إظهاره بنحو يصل الى المأذون أو السائرين بعد المعاملة أو لم يكن إظهار المالك الا عند نفسه و لذا لو كان العاقد على مال الغير فى مكان يراه مالك المال و كتب المالك عند المعاملة أو قبلها فى ورقة رضاه بتلك المعاملة و لم يعلم العاقد أو سائر الناس ما كتبه الا بعد المعاملة صح استناد تلك المعاملة إلى المالك.

و بتعبير آخر إظهار المالك رضاه بمعاملة الغير قبل إنشائها أو حينه يوجب خروج تلك المعاملة عن الفضولية.

و عن السيد اليزدى (ره) انه يحتاج العقد المفروض فى المقام إلى إجازة العاقد فى موردين أحدهما ما إذا كان إظهار المالك رضاه ببيع الآخر عند نفسه فقط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۶

....

فان هذا الرضا لا يصحح استناد البيع الصادر عن الغير اليه حيث لا فرق بين البيع المزبور و بين البيع الصادر عن الأجنبى المقارن لطيب نفس المالك واقعا و قد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفضولية.

و ثانيهما ما إذا باع مال المولى عليه باعتقاد عـدم الولاية ثم ظهرت ولايته على المال و الوجه فى الحاجة الى الإجازة عدم رضاء الولى بتمليـك المـال بمـا هو ولى و يعتبر فى نفوذ التصـرف فى مـال المولى عليه اذن الولى و رضاه بما هو ولى و لـذا لو كان ملتفتا إلى انه ولى فربما لا يرضى بالبيع المزبور و يختار فردا آخر من المعاملة و هذا كاشف عن عدم رضاه بها بما هو ولى.

أقول لا يبعد اعتبار الإجازة فى المورد الأول فإنه لا ينبغى الريب فى اعتبار اسـتناد البيع الصادر عن الأجنبى إلى مالك المال بالإذن أو الإجازة و قـد ذكرنا مرارا ان كلا من الاذن و الإجازة من الأمور الإنشائيـة و يكون الإبراز مقوما لهما و مجرد إظهار المالك عند نفسـه رضاه بالمعاملـة التى يصـدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذنا أو اجازة بل لا بد من كون الإظهار بحيث يصل الى الغير سواء كان ذلك الغير هو العاقـد أو غيره و بتعبير آخر لا يكون فى الحقيقـة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل الى الغير و لا يبعد ان يكون المحكى عن القاضى فى المقام يرجع الى ما ذكر.

و اما المورد الثانى فلا يحتاج العقـد فيه الى الإجازة فإن اسـتناد البيع إلى الولى حاصل بمباشـرته لإنشاء العقد و لا فرق بين رضا الولى بذلك العقد و بين رضا الأجنبى به الا فى نفوذ رضا الأول و عدم الأثر لرضا الثانى و احتمال دخالة رضا الولى بالمعاملة مع التفاته بأنه ولى مـدفوع ببعض الإطلاقات الواردة فى نفوذ نكاح الأب و الجـد و يتعـدى الى مثل بيعهما باعتبار عـدم احتمال الفرق فى ذلك بين المعاملات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۷

الثانية ان يبيع لنفسه و انكشف كونه وليا (۱).

---

(۱) و امـا الصورة الثانيـة فهى ما إذا باع الولى أو المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه وليا أو مأذونا و قصـده البيع لنفسه يكون ببنائه على تملـك المـال عـدوانا أو اشـتباها و على كـل تقـدير يصـح البيع للمولى عليه من غير حاجـة الى الإجـازة فـإن الحاجـة إلى الإجازة اما لتصـحيح اسـتناد البيع إلى الولى أو المالـك أو باعتبار دخالـة رضاهما فى انتقال المال بالعوض و المفروض حصول الاسـتناد بمباشـرة العقد أو الاذن و كذا الرضا.

و اما قصده البيع لنفسه بان يتملك الثمن بإزاء المبيع اشـتباها أو عدوانا فقد تقدم فى تصحيح بيع الغاصب للمالك مع إجازته انه لا اثر للقصد المزبور و غير داخل فى حقيقة البيع.

لا يقال لا يصـح البيع المفروض فى المقام للمولى عليه لعـدم ولايـة العاقد على البيع بهذا النحو كما ان اذن المالك لا يعمه فى موارد الوكالة.

فإنه يقال قـد تقـدم ان قصد المزبور أمر زائد على إنشاء المعاوضة و البيع و المفروض تمام البيع من سائر الجهات التى منها عدم كونه فسادا لمال المولى عليه فلا وجه لبطلانه أو احتياجه إلى الإجازة.

نعم لاـ يتم ذلك فيما إذا باع الولى لنفسه مال المولى عليه اشـتباها فان رضاه بكون المال للمشترى بإزاء الثمن باعتبار كونه مالكا و لم يعلم رضـاه بالانتقال على تقـدير كون المال للمولى عليه و لـذا لا يجوز الأخـذ فيما لو اذن الولى للغير فى أخـذ مال يعتقـد انه ملكه و لكن الغير يعلم بان المال ليس للولى و انما يأذن له فى أخذه اشتباها و انه على تقدير التفاته يمكن ان لا يرضى بالأخذ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۸

الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا (۱).

و بتعبير آخر ما يذكر فى الصورة الثالثة فى وجه الحاجة الى الإجازة يجرى فى الفرض أيضا.

(۱) الصورة الثالثة ما إذا باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكه ثم ظهر ان المالك هو لا الغير و قد يمثل لذلك ما لو باع مال أبيه باعتقاد حياته ثم ظهر انه حال البيع كان ميتا.

و يقع الكلام فى هذه الصورة فى جهتين: الاولى- فى صحة البيع و فساده بمعنى كونه لغوا لا يترتب عليه أى أثر و الثانية- توقف تمامه على اجازة العاقد أو عدم توقفه عليها.

اما الجهة الأولى فقد قيل ببطلان البيع لوجوه الأول- ان المنشأ هو البيع للغير و هو غير قابل للإجازة و البيع لنفسه لم ينشأ ليلحق به الإجازة.

الثانى ان البيع المزبور وقوعه للبائع يكون على وجه التعليق و تقديره ان مات ابى فقد بعته و التعليق يوجب بطلانه.

و الثالث ان العاقد غير قاصد للبيع فان مع اعتقاده حياة أبيه و انه مالك المال و لم يأذن له فى بيعه لا يحصل إنشائه و قصده حقيقة و لكن لا مجال لشيء مما ذكر فان قصد بيع المال عن الغير لاعتقاد ان الغير مالكه تمليك فى الحقيقة عن المالك و ما ذكرنا ثانيا فى كون هذا البيع من البيع المعلق ينافى الأمر الأول حيث ان مقتضى التعليق كون المنشأ البيع لنفسه و مقتضى الوجه الأول وقوع البيع لغيره.

و بالجملة يكفى فى حصول عنوان البيع أو المبادلة إنشائها و قصد كونها له أو لغيره غير داخل فى أصل البيع و المبادلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۳۹

....

و بهذا يظهر ما فى الوجه الثالث و ان العاقد كالعابث حيث يبيع المال عن الغير مع اعتقاده كون ذلك الغير مالكا من غير كونه مأذونا أو وكيلا عنه و وجه الظهور ان إنشاء المعاوضة و قصدها لا ينافى الاعتقاد بان المالك هو الغير و لم يأذن له فى بيع المال كما فى البيع فضولا.

و اما الجهة الثانية و ان تمام البيع للعاقد يحتاج إلى إجازته أو انه لازم له بلا حاجة إليها فقد قيل بعدم الحاجة لأن البيع من الأول مستند الى العاقد باعتبار حصوله بإنشائه فلا معنى لإجازة بيع نفسه و لان رضا العاقد بكون المال المعين الخارجي للمشترى بإزاء الثمن كاف فى رضاه بملك ماله للمشترى و ان لم يلتفت الى كونه ماله فان صدور العقد عن المالك اولى و أقوى من اذنه و أجازته.

و ذكر المصنف (ره) ان الأظهر وفاقا لجماعة توقف تمامه على اجازة العاقد بعد التفاته الى كونه مالك المال و ليس الوجه فى الاحتياج إلى إجازته ما ذكره فى جامع المقاصد حيث قال ان العاقد لم يكن قاصدا لنقل المال إلى المشترى منجزا بل كان قصده هو النقل مع اجازة المالك حيث باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكه ثم أورد على نفسه بان قصد العاقد بيع المال كاف فى النقل و توضيح الإيراد ان توقف انتقال المال شرعا على اجازة المالك أو بمجرد العقد ليس من مدلول العقد ليعتبر قصده أو يقدح عدم قصده أو قصده معلقا أو منجزا بل الانتقال المزبور حكم شرعى و المنشأ الذى مدلول العقد هو النقل فى اعتبار العاقد و هو منجز بل عدم قصده النقل شرعا الا مع حصول الإجازة لا يضر على الكشف حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها و يمكن ان يكون قصد النقل عند حصولها مضرا على مسلك الكشف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۴۰

....

بـل الوجه فی الحاجـة الی الإجازة هو ان یخرج تملک المشتری المال بإزاء الثمن عن عنوان الأکل بالباطل و دخوله فی عنوان التجارة عن تراض فان رضا العاقد بنقل المال إلی المشتری مع غفلته عن کون المال ملکه لا یوجب کون البیع المزبور تراضیا من المالک.
و بتعبیر آخر قصـد العاقـد بکون المـال الخـارجی ملکـا للمشتری بـإزاء الثمن یوجب حصول إنشاء البیع و اما کون ذلک البیع تراضـیا معاملیـا منه فلا ـ یکون الا مع رضاه بالبیع بعنوان کونه مالک المال و لـذا لا یجوز للمأذون التصـرف فیما لو اذن المالک فیه باعتقاد ان المال للغیر و المأذون یعلم بان المال لیس للغیر بل للمبیح و لکن بحیث لو التفت الی ان المال له لا یرضی بتصرفه.
و لو قال ان هـذه زوجتی فطلقها و بعـد الطلاق ظهر انها کانت زوجـة المباشـر للطلاق فلا یصـح و کذا لو قال هذا عبدی فأعتقه و بعد العتق ظهر انه کان عبدا للمباشر فإنه یحکم ببطلان العتق.
و الحاصل ان فی البین أمرین أحدهما إنشاء البیع و حصول عقده و الثانی رضا من یعتبر اسـتناد البیع الیه و إذا أنشأ المالک البیع لنفسه أو لغیره یحصل إنشاء البیع المفروض فی المقام و هو تملیک عین خارجیة بإزاء الثمن و قصد کونه لنفسه أو لغیره لا اثر له فی حصول إنشـائه و امـا الأـمر الثـانی و هو اعتبار رضاه لیکون بیعه تجارة عن تراض فیتوقف علی رضاه بالبیع المنشأ مع الالتفات الی کونه مالک المـال و مجرد رضـاه بکون تلک العین بإزاء الثمن مع الاعتقاد بان المال للغیر و ان رضاه بالبیع المزبور من رضا الأجنبی فلا یفیـد فی انتساب البیع الیه بمعنی کونه تجارة عن تراض.
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴۱
ان هذا الحق للمالک من باب الإجازة لا من باب خیار الفسخ (۱).

و بتعبیر آخر اعتقـاد العاقـد ان المال للغیر و قصـده البیع عن المالک بالإضافـة إلی البیع لا تکون جهـة تقییدیـة لما ذکرنا من ان قصـد کونه لنفسه أو لغیره خارج عن حقیقـة إنشاء البیع و اما بالإضافة إلی رضاه بانتقال المال الی الطرف بإزاء الثمن جهـة تقییدیة حیث لم یرض بانتقـال المـال منه الی الآـخر بـإزاء الثمن المزبور بـل إنما رضـی بانتقاله إلی الآخر من ناحیـة الغیر نعم لو أجاز العاقـد البیع بعد التفاته الی کونه مالک المال یتم البیع و یصیر تراضیا معاملیا له.
و بهـذا یظهر ان الإجازة انما تفیـد فی العقود حیث تجری الفضولیـة فیها و اما فی الإیقاعات نظیر ما أعتق عبدا باعتقاد أنه عبد الغیر ثم بـان أنه عبـده فیحکم ببطلاـن العتق لعـدم جریـان الفضولیـة فی الإیقاعـات و ایضـا یظهر أنه لا ـ تهافت فی کلام من حکم فی المسألة بتوقف البیع علی اجازة العاقد بعد التفاته الی کونه مالک المال و بین حکمه ببطلان العتق المزبور و انما یکون التهافت ممن حکم فی مسألـة البیع بلزومه و عـدم حاجته إلی الإجازة و فی مسألـة العتق بالبطلان حیث ان مقتضـی الحکم بلزوم البیع کفایـة الرضا به و لو مع عدم الالتفات الی کونه مالک المال و مقتضی الحکم ببطلان العتق عدم کفایة الرضا المزبور.
(۱) یعنی کما ان الإجازة فی عقد الفضولی مصـححة للعقد بحیث یتم بها استناده الی المالک و یکون تراضیا معاملیا له کذلک استناد العقد فی المقام الی المالک و رضاه المعتبر بمدلوله یحصل بها فیکون العقد متزلزلا حدوثا بخلاف موارد الخیار
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴۲

....

التی یکون البیع فیها تاما حـدوثا و متزلزلا بقاء و بتعبیر آخر ثبوت الخیار الـذی فی حقیقته ملک فسـخ العقـد و ازالة بقائه فرع حدوث البیع بـان یکون إنشـائه و اسـتناده الی من یعتبر اسـتناده الیه و رضاه بمـدلوله مفروغا عنه و یثبت الخیار لتضـرر أحـد المتعاملین باعتبار

خصوصیته فی أحد العوضین ککونه معیوبا أو فیه غبن فیکون الضرر فی لزوم البیع.

و هذا بخلاف البیع فی المسألة فإنه فی حدوثه غیر تام لتوقف حدوثه علی رضا المالک بالبیع مع التفاته الی کونه مالکا للمال.

و الحاصل أنه لا- وجه لما ذهب الیه صاحب الجواهر (ره) من ان البیع فی هذه الصورة کبیع المتعلق به الخیار متزلزل بقاء فان الضرر فی المقام کالضرر فی إجازة بیع الفضولی المعروف یکون فی أصل انتقال المال عن مالکه اما لجهله بأصل الانتقال کما فی بیع الفضولی المعروف أو لجهله بکون المال له کما فی مفروض الکلام.

أقول الضرر هو النقص فی المال أو فی غیره من العرض و النفس و نحوهما و هو یحصل فی موارد الغبن أو العیب بأصل البیع حیث یخرج به ماله عن ملکه بعوض معیوب أو بالأقل کما إذا باع المتاع بأقل من ثمن المثل أو اشتری المال بأکثر منه و لو جرت قاعدة اللاضرر فی تلک الموارد تکون مفادها فساد العقد لا انتفاء لزومه و لکن الصحیح انه لا مجری للقاعدة فی موارد ثبوت الخیار کما لا مجری لها فی البیع المفروض فی المقام و لا فی البیع فی مسألة بیع الفضولی المعروف لما ذکرنا من ان عدم تمام البیع فی المقام و فی مسألة بیع الفضولی باعتبار عدم استناد المعاملة الی من یعتبر استنادها الیه بحیث تکون تراضیا معاملیا له و فی مورد الغبن و العیب باعتبار اشتراط السلامة أو عدم النقص فی المالیة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴۳

ثم ان الحکم بالصحة فی هذه الصورة غیر متوقفة (۱)

فی ناحیة العوضین و مرجع الاشتراط کما تقدم الی جعل الخیار فی صورة التخلف و حیث لا امتنان فی رفع الحکم عن البیع المجعول فیه الخیار فلا تجری فیه قاعدة نفی الضرر لعدم ثقل علی المکلف فی وضع البیع المزبور و إمضائه کما لا یخفی.

(۱) یعنی لو قیل ببطلان بیع الفضولی و عدم تمامه بإجازة المالک فلا یکون ذلک ملازما للقول بالبطلان و عدم تمام العقد بإجازة العاقد فیما إذا باع ماله عن الغیر باعتقاد ان المال له.

و الوجه فی عدم الملازمة ان العمدة فی وجه القول ببطلان بیع الفضولی النهی الوارد عن بیع ما لیس عنده و هذا لا یجری فی المقام حیث ان المفروض فیه اجراء المالک البیع علی ماله.

نعم لو بنی بطلان بیع الفضولی علی حکم العقل بقبح التصرف فی مال الغیر یتعین البطلان فی الفرض أیضا لأن قبح التصرف لا یختص بصورة کون المال للغیر واقعا بل یعم مورد التجری أیضا.

أقول لا- مجال لمثل المصنف ره ممن لا یری فی التجری قبحا فعلیا بل یلتزم فیه بالقبح الفاعلی فقط دعوی التعمیم المزبور و لکن لو بنی الحکم ببطلان بیع الفضولی علی اعتبار مقارنة طیب نفس المالک لإنشاء العقد کان اللازم الحکم بالبطلان فی الفرض ایضا باعتبار ان اللازم حصول طیب نفس المالک مقارنا للإنشاء بما هو مالک و هذا غیر حاصل فی المقام أیضا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴۴

[شرائط العقد المجاز]

و فی عدم الوقوف هنا وجه لا یجری فی الثالثة (۱) یشترط کونه جامعا لجمیع الشروط (۲)

---

(۱) الظاهر عدم توقف تمام البیع فی الصورة الرابعة علی الإجازة لأن الحاجة إلیها اما لتصحیح استناد البیع الی المالک أو لرعایة رضاه بملکیة المال للطرف بإزاء الثمن بما هو مالک و المفروض حصول کلا الأمرین فی الفرض کما هو مقتضی بیع المالک المال لنفسه و لو باعتقاد انه عدوان علی الغیر کما لا یخفی.

(۲) إذا باع الفضولی صبرة من الحنطة من زید بمأة دینار و زید یعلم کیل الصبرة و لکن لا یعلمه البائع و فرض ظهور مقدار الصبرة وکیلها لمالکها فأجاز البیع المزبور فظاهر ما ذکر المصنف (ره) فی هذا الأمر عدم تمام البیع المزبور و ذلک فإن الإجازة تکون مفیدة فی بیع یکون ذلک البیع تاما حین إنشائه من غیر جهة الإجازة و لا یکون البیع فی الفرض کذلک باعتبار جهالة کیلها و عدم تعینه حال البیع لغیر المشتری.

و بتعبیر آخر یجب حصول الشرائط المعتبرة فی المتعاقدین لکل من الأصیل و البائع فضولا لیعتبر إنشائهما و کذا سائر الشرائط فی نفوذ البیع و صحته یعتبر حصولها حال إنشاء البیع حیث ان ظاهر دلیل اعتبارها حصولها فی إنشاء البیع و أدلة اعتبار اجازة المالک مقتضیة لتمام البیع فیما إذا کان تاما عند إنشائه من غیر جهة رضاه و اذنه و کما لا یکفی حصول تلک الشرائط بعد الإیجاب و قبل القبول فی سائر البیوع کما إذا باع المالک متاعا مجهولا جنسه أو قدره للمشتری و لکن ظهر المتاع جنسا و قدرا للمشتری قبل قبوله کذلک فی المقام.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴۵

....

بل لو قیل بالصحة فی المثال باعتبار ان العلم بالمبیع قبل القبول علم بحال المبیع قبل تمام إنشاء البیع فلا یمکن القول بالصحة فی المقام حیث ان الإجازة لا تکون جزء البیع لیکون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البیع بل البیع کما تقدم فی أول الکتاب هو الحاصل بالإیجاب و القبول فلا تکون الإجازة مقومة لعنوان البیع عرفا و لو أطلق علیها الجزء فهو باعتبار کونها مقومة لعنوان البیع المؤثر أی البیع المنتسب الی المالک.

و الحاصل لا یکفی فی صحة بیع الفضولی و تمامه بالإجازة حصول الشرائط من زمان البیع بالإضافة إلی الأصیل علی الکشف فقط بان لا یعتبر حصولها علی النقل بالإضافة إلیه أیضا بل المعتبر حصولها مطلقا أی بالإضافة إلی الأصیل و البائع من زمان العقد و لو علی مسلک النقل حیث ان مقتضی ما تقدم ان کل مورد یتم العقد بالاذن السابق یتم بالإجازة أیضا و اما إذا لم یکن الاذن السابق مفیدا کما فی نقص العقد من جهة سائر الشرائط فلا یفیده الإجازة اللاحقة.

نعم لو کان الدلیل علی الاشتراط مقتضاه حصول ذلک الشیء فی ترتب الأثر الشرعی علی البیع من غیر ظهور فی اعتبار حصول ذلک الشرط من حین إنشاء البیع کالقدرة علی التسلیم حیث ان اعتبارها لأجل ان لا یکون البیع غرریا کما تقدم سابقا فیکفی أن یحرز عند العقد حصولها فی ظرف استحقاق التسلیم و کذا فی إسلام مشتری المصحف أو العبد المسلم حیث ان انتقالهما الی الکافر مناف لعلوم الإسلام و ذل الکفر و مجرد إنشاء الملکیة حال کفر المشتری مع إسلامه حین تمام البیع لا یکون علوا للکفر علی الإسلام کما لا یخفی.

لا یقال العلم بالعوضین و مقدارهما یعتبر فی صحة البیع و لکن المعتبر علم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۴۶

الثانی هل یشترط فی المجاز کونه معلوما بالتفصیل (۱) و لذا یخاطب المجیز بعدها بالوفاء بالعقد السابق (۲).

المتبایعین لا الأجنبی و استناد البیع الی المالک یکون بإجازته و علی ذلک فاللازم اعتبار علم المالک بمقدار المبیع و الثمن و لو من زمان إنشاء البیع لا العاقد الفضولی فإنه من الأجنبی بالإضافة إلی البیع المزبور کما هو ظاهر المصنف (ره) فی الأمر الثانی.

فإنه یقال الإجازة بمنزلة الإذن التفویضی فی اعتبار العرف و العاقد فضولا و ان کان أجنبیا عن المال الا ان مع اجازة المالک یعتبر العاقد منزلة المأذون المفوض لا مجرد المأذون فی إجراء الإیجاب و القبول و فی مثل ذلک یعتبر علم المأذون بمقدار العوضین لا

المالک کما يأتى.

(۱) بأن يكون العوضان معلومين للمجيز تفصيلا و إذا كان عقد الفضولى بيعا يعتبر علم المجيز بذلک البيع و إذا كان صلحا يعتبر علمه و تعيين الصلح له.

و لا يخفى أن عد ذلک من شرائط صحة الإجازة أولى من عده من شرائط العقد المجاز.

(۲) هذا استشهاد لكون الإجازة فى معنى العقد و وجهه ان شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمالک يكون بعد أجازته و شموله بعدها و عدم شموله قبلها كاشف عن كون الإجازة بمنزلة العقد.

و لكن لا يخفى ما فى الاستشهاد و ذلک فان المجيز و ان يضاف العقد بعد إجازته إليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين الا ان نسبة العقد اليه بعد أجازته ليست من جهة كون أجازته عقدا أو منزلته لئلا تقبل التعليق أو عدم التعيين بل بإجازته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۴۷

الثالث- المجاز اما العقد (۱).

يستند العقد العقد الصادر سابقا اليه كاستناده اليه بالاذن فالذى لا يقبل التعليق أو عدم التعيين هو العقد الصادر سابقا و اما أجازته فليست من العقود.

و بتعبير آخر الإجازة اللاحقة لا تزيد على الاذن السابق و كما ان المالک بمجرد اذنه للغير فى بيع ماله لا يكون بايعا و لا يعمه ما دل على لزوم البيع و وجوب الوفاء به بل الاذن يوجب استناد البيع الصادر عن المأذون اليه و ذلک البيع الصادر لا يقبل التعليق أو الجهالة كذلک الحال فى الإجازة اللاحقة.

لا يقال لو لم تكن الإجازة فى العقود فلا ريب فى أنها إيقاع و التعليق فى الإيقاعات أيضا يوجب بطلانها.

فإنه يقال مضافا الى عدم تمام الإجماع على بطلان كل إيقاع بالتعليق بل مورده هى الإيقاعات التى لها عناوين خاصة كالطلاق و العتق و نحوهما ان الإجماع المزبور على تقديره مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لا اعتبار علمه بتعيين العوضين أو نوع العقد فإن الإجازة يصحح استناد العقد الى المجيز كالاذن و يكفى فيه الإجازة مطلقا و بنحو العموم و قد تقدم ان الإجازة ليست بمنزلة الاذن فى مجرد إنشاء العقد بان يكون المأذون نظير الإله فى إنشاء العقد بل بمنزلة الإذن التفويضى بحيث تكون المساومة و المناقشة فى تعيين الثمن و المثمن بعهدة المأذون و فى مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن و المثمن و لا يعتبر علم المالک.

(۱) المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و اما العقد الواقع على عوضه و المراد بالعوض الأعم من العوض الاولى لمال المالک أو العوض لعوضه و قوله (ره) على كل منهما اى على كل تقدير يكون المجاز أول عقد وقع على المال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۴۸

....

الأصلى للمالک أو على عوضه أو يكون المجاز آخر العقد المتعلق بأحدهما أو يكون عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده اى على المال الأصلى للمالک أو على بدله أو بالاختلاف بان يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلک المال و اللاحق على بدله أو بالعكس و يجمع الكل اى كل فروض العقد المجاز بيوع ثمانية ثلاثة منها واقعة على عين مال المالک المجيز المفروض كونه عبدا (۱) بيع العبد بفرس (۲) بيع العبد بكتاب (۳) بيع العبد بدينار و اثنان منها واقعا على عوض مال المالک اى على عوضه الاولى و هما (۴) بيع الفرس بدرهم (۵) و بيع الدينار بجارية و ثلاثة منها واقعة على بدل بدل المالک و هى (۶) بيع الدرهم برغيف (۷) و بيع الدرهم بحمار (۸) و بيع الرغيف بعسل و إذا أجاز مالک العبد العقد الواقع على العبد بكتاب تكون أجازته ملزمة له و لما بعده فيما

وقع على مورده اى فيما وقع اللاحق على عين المال الأصلى للمالك و هو بيع العبد بدينار و هذا بناء على الكشف ظاهر.

و اما بناء على النقل فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه يعنى بناء على النقل تكون صحة العقد اللاحق مبتنيا على عدم اشتراط ملك المجيز حال العقد فان المجيز له و هو بايع العبد بالدينار لم يمكن مالكا للعبد حال بيعه على هذا المسلك و هى فسخ بالنسبة الى ما قبله يعنى إجازة بيع العبد بالكتاب فسخ بالإضافة الى ما قبل هذا البيع و هو بيع العبد بفرس سواء على الكشف أو النقل فان البيع الأول لا يصح بالإضافة إلى مالك العبد اى مالكه الأول.

و اما صحة ذلك البيع الأول بالإضافة الى من ملك العبد بإجازة مالكه الأول فمبنى على عدم اشتراط كون المجيز مالكا حال العقد و المالك الجديد هو المشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۴۹

و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز (۱).

و اما إجازة العقد الواقع على العوض (۲).

الثالث للعبد على الكشف بلا كلام و هو أو المشترى الثانى على النقل و اجازة كل منهما العقد الأول أى بيع العبد بفرس داخل فى مسألة من باع ثم ملك و أجاز كما لا يخفى.

(۱) قد تقدم ان العقود الواقعة على عوض مال الغير خمسة اثنان منها واقعان على عوضه الابتدائى و هما بيع الفرس بالدرهم و بيع الدينار بالجارية حيث ان كلا من الفرس و الدينار عوض فى البيوع الجارية على نفس العبد و ثلاثة منها جارية على عوض مال الغير اى على عوض عوض العبد و هى بيع الدرهم برغيف و بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فالأول من هذه البيوع و هو بيع الفرس بالدرهم يتوقف تمامه و صحته على اجازة المالك الأصلى للفرس.

و قوله (ره) و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز من تتمة فرض اجازة المالك بيع عبده بالكتاب فان مع أجازته تكون صحة بيع الفرس بالدرهم موقوفا على اجازة المالك الأصلى للفرس و بدونها لا تصح و اللاحق و هو بيع الدينار بالجارية يكون صحيحا بمجرد اجازة مالك العبد هذا البيع يعنى بيع العبد بالكتاب فإنه بناء على اعتبار أجازته يكون بيع العبد بالدينار و بيع الدينار بالجارية كلاهما صحيحا.

(۲) يعنى إجازة مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد يعنى بيع الدرهم برغيف صحتها و نفوذها موقوفة على دخول الدرهم فى ملك المالك الأصلى للعبد و دخوله فى ملكه موقوف على أجازته بيع الفرس بالدرهم و بيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۵۰

و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر (۱).

عبده بالفرس و لذا قال (ره) فهى ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس أو على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم كما أنها ملزمة للعقود اللاحقة على تقدير جريان اللاحق على المعوض اى على المعوض فى بيع الدرهم برغيف و هو بيع الدرهم بالحمار فإن الإجازة المزبور تكون كاشفة عن دخول الدرهم فى ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار.

و اما العقد اللاحق الجارى على العوض فى ذلك العقد المجاز اى بيع الرغيف بالعسل فصحته موقوفة على اجازة المجيز له مستقلا و هذا هو المراد من قوله (ره) و اما الواقعة على هذا البدل المجاز اى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

(۱) يعنى لو وقع البيوع المتعددة من شخص واحد بان يقع العوض فى كل بيع معوضا فى بيعه الآخر كما فرضنا ان البائع فضولا باع العبد المفروض كونه للغير بالفرس أولا و باع الفرس بالدرهم ثانيا و باع الدرهم بالرغيف ثالثا و باع الرغيف بالعسل رابعا فان اجازة أى من البيوع الأربعة تكون اجازة له و لما قبله لا البيع الذى بعده و هذا هو المراد من ترامى الأثمان بأن يقع الثمن فى كل بيع مثمنا فى بيعه الآخر الصادر عن واحد كما فى المثال.

و قد يقال انه كيف يجوز للمالك اجازة العقد الجارى على بدل ماله و كيف تكون أجازته ملزمة للعقود الجارية على عين ماله أو بدله فان بيع الدرهم بالرغيف مثلا أجنبى عن مالك العبد فكيف يجوز له أجازته بل يتعين اجازة بيع العبد بالفرس

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۵۱

....

أولا ثم اجازة بيع الفرس بالدرهم ثم اجازة بيع الدرهم بالرغيف و دعوى ان اجازة بيع الدرهم بالرغيف مستلزمة لإجازة البيوع السابقة أو انها بنفسها اجازة للعقود السابقة فاسدة فإن المفروض ان الإجازة تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف و لو كانت هذه اجازة للعقد لسابق لصح السابق دون اللاحق.

و اما الاستلزام فالأمر فى دعواه أفسد لأن إجازة بيع الدرهم بالرغيف فعل اختيارى له مباد و اجازة بيع العبد بالفرس فعل اختيارى آخر يكون له مباد و لا يعقل ان يكون أحد الفعلين الاختياريين مستلزما لفعل اختيارى آخر نعم اجازة اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه و لكن الرضا لا يكفى فى إجازة العقد كما تقدم.

أقول يرد عليه النقض ببيع ذى الخيار و الواهب فإنهم ذكروا ان بيع ذى الخيار المال المنتقل عنه فسخ للبيع السابق و كذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع فى الهبة مع ان كلا من البيع و الفسخ و الرجوع كالإجازة فعل اختيارى و حله انه يمكن ان ارادة أحد الفعلين موجبا لانقداح ارادة الفعل الآخر كما فى إرادة ذى المقدمة بالإضافة إلى الفعل الآخر الذى مقدمة له و الفسخ و الرجوع مقدمة لبيع ذى الخيار و الواهب كما ان اجازة العقد السابق مقدمة للعقد اللاحق و بما ان كلا من الفسخ و الرجوع و الإجازة كالتمليك من الأمور الإنشائية و يحتاج بعد الاعتبار إلى الإبراز يكون إبراز الأمر الاعتبارى الموقوف على الأمر الاعتبارى الأول إبرازا للأمر الأول أيضا.

و ايضا ما تقدم من عدم كفاية الرضا فى خروج العقد عن الفضولية هو مجرد الرضا الباطنى من دون إظهار و فى المقام اجازة العقد الجارى على البدل يكون مبرزا للرضا بالبيوع السابقة أيضا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۵۲

فليس مرادهما ان يعقد على الثمن الشخصى (۱) ثم ان فى شمول الحكم (۲) فقال الأول (۳)

---

(۱) يعنى ليس مرادهما ان يعقد اشخاص على الثمن الشخصى بان يشترى الفضولى ثوبا بعشرة دنانير و باع الآخر تلك العشرة بمأة درهم و باع الثالث تلك العشرة بمأتين درهم فان حكم وقوع البيوع المتعددة من اشخاص على الثمن الشخصى المملوك للغير حكم البيوع المتعددة من أشخاص الواقعة على المفروض كونه للغير فى ان اجازة السابق من البيوع يكون موجبا لصحة اللاحق على الكشف.

(۲) يعنى ما تقدم من أن للمالك إجازة أى من العقود الجارية على عين ماله أو بدله فيه اشكال فيما إذا دفع المشترى الثمن إلى البائع فضولا مع علمه بالحال.

أقول لو تم الاشكال لكان مقتضاه عدم صحة اجازة المالك العقد الواقع على عوض ماله مع دفع العوض المزبور إلى البائع فضولا مع

العلم بالحال و کذا لا یصح اجازة العقد الجاری علی عین ماله بذلک العوض و اما العقود الجاریة علی عین ماله بغیر ذلک العوض من الأثمان المختلفة ممن وصلت تلک العین إلی أیدیهم فلا بأس بإجازتها.

(۳) یعنی قال قطب الدین فی توضیح الإشکال الذی أشار إلیه العلامة فی قواعده أن المشتری العالم بالحال یکون دفعه الثمن إلی البائع الغاصب تسلیطا له علی الثمن و لو تلف ذلک الثمن فی ید البائع المزبور لا یکون للمشتری الرجوع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۵۳

قال فی محکی الحواشی ان المشتری مع علمه بالغصب (۱)

الیه لعدم الضمان فی مورد تسلیط الغیر علی ماله مجانا و فی جواز رجوعه الیه مع بقائه وجهان و علی أی حال فلا ینفذ اجازة مالک المبیع فی الثمن المزبور فیما إذا تلف بفعل المسلط بالفتح یعنی بفعل البائع فضولا کما إذا دفع هذا البائع ذلک الثمن عوضا لمتاع اشتراه و هذا وجه عدم نفوذ اجازة مالک المبیع فی الثمن المزبور.

و اما وجه نفوذها أن الثمن قبل دفعه الی البائع الغاصب قد جعل عوضا للعین المملوکة للغیر و عدم اتصاف ذلک الثمن بکونه عوضا لها لأجل عدم صدور البیع عن ذلک الغیر و إذا أجاز تکون إجازته بمنزلة صدور البیع عنه فیکون الثمن المزبور عوضا.

أقول ما فی کلامه (ره) من ان فی رجوع المشتری الی الثمن مع بقائه وجهین ضعیف بل لا ینبغی الإشکال فی جواز رجوعه إلیه فإن دفعه الیه مع علمه بالحال اما تملیک مجانی أو إباحة مالکیة و لا کلام فی جواز الرجوع فی الهبة المجانیة و الإباحة المالکیة.

(۱) حاصل ما ذکر الشهید (ره) انه لا یصلح لمالک المبیع اجازة العقد الجاری علی الثمن بل لا یصح له اجازة العقد الجاری علی المبیع بذلک الثمن و ذلک فان دفع المشتری العالم بالحال ذلک الثمن إلی البائع الغاصب تسلیط للغاصب علی الثمن المزبور و اذن له فی إتلافه و إذا اشتری الغاصب بذلک الثمن متاعا یکون اشترائه إتلافا للثمن علی المشتری الأول فیملک الغاصب المتاع الذی اشتراه بذلک الثمن و لا تنفذ اجازة المالک فی الثمن لصیرورته ملکا لبائع المتاع قبلها بل لا تنفذ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۵۴

و یحتمل ان یقال لمالک العین حق تعلق بالثمن (۱)

إجازته فی بیع ماله بذلک الثمن فضولا- باعتبار ان الثمن المزبور کان کالمال المأذون فی إتلافه فلا یؤثر فیه الإجازة بعد صیرورته ملکا لآخر و لو نفذ اجازة العقد الجاری علی ماله بذلک الثمن یکون المبیع بلا عوض فیکون الإشکال فی صحة العقد المترتب علی الثمن و فی صحة العقد الجاری علی المبیع بذلک الثمن.

أقول لا وجه للإشکال أصلا سواء علی الکشف أو النقل بل علی کل منهما یجوز لمالک المبیع اجازة العقد الجاری علی عین ماله أو بدله و ذلک فان دفع المشتری العالم بالحال الثمن إلی البائع فضولا لیس فیه إنشاء آخر لیکون ذلک الإنشاء من الهبة مجانا أو إباحة مالکیة بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد حیث ان الغاصب کما یبیع مال الغیر لنفسه بعد البناء علی کونه مالکا و هذا البناء مصحح لحصول عنوان البیع کذلک المشتری العالم بالحال یدفع الثمن الیه باعتباره ایضا مالکا للمبیع و بما ان هذا البناء غیر ممضی شرعا فلا یجوز للبائع المزبور التصرف فی الثمن.

(۱) کان مراده انه بناء علی مسلک النقل ایضا یحتمل تقدیم اجازة المالک لتعلق حقه بالثمن قبل تملک الغاصب الثمن مجانا و هذا الاحتمال کما یذکر المصنف (ره) ضعیف فان تملک الغاصب الثمن غیر موقوف علی شیء بخلاف تملک المالک المجیز فإنه موقوف علی بقاء ذلک الثمن فی ملک المشتری الی حین أجازته و هذا غیر حاصل فی الفرض.

و أضف الی ذلک انه لا حق للمالک المجیز فی الثمن أصلا فان الحق بمعنی الملک غیر ثابت و بمعنی غیره غیر معهود و قد تقدم أن

جواز اجازهٔ المالک من أحکام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص: ۴۵۵

[فی الرد و أحکامه]

اشارهٔ

فافهم (۱) بما هو صریح فی الرد (۲) لأصالهٔ بقاء اللزوم (۳)

الملک شرعا لا من الحق فی عقد الفضولی فضلا عن الثمن المقرر فیه.

(۱) لعله إشارهٔ الی ان حکمهم بتملک الغاصب الثمن لیس لوجه تعبدی لیؤخذ به فی مورد الیقین بل تعلیلهم ذلک الحکم بان دفع المشتری الثمن إلی البائع الغاصب مع علمه بالحال تسلیط له علی ذلک الثمن مقتضاه کونه للتحفظ علی قاعدهٔ التسلیط.

(۲) بل یکفی ما یکون ظاهرا فی الرد لان اعتبار الظهور یعم المقام بل یأتی کفایهٔ دلالهٔ الفعل و لا یختص الاعتبار باللفظ.

(۳) لا یخفی ان رجوع الوفاء بالعقد بالإضافهٔ إلی الأصیل کما تقدم سابقا غیر ثابت لیستصحب و علی تقدیره فاستصحابه لا یثبت اضافهٔ العقد الی المجیز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها فإنه من إثبات الموضوع باستصحاب حکمه نظیر استصحاب بقاء وجوب الصلاهٔ و إثبات عدم خروج وقتها بل ما نحن فیه من قبیل ما إذا قبل القابل الإیجاب فی زمان یحتمل إلغاء الموجب إیجابه بالشبههٔ الحکمیهٔ أو الموضوعیهٔ فإن المتیقن فی مثله الحکم ببقاء الإیجاب و ضمه الی القبول المحرز بالوجدان و یثبت البیع بذلک فان ترتب البیع المضاف الی المالکین علی الإیجاب و القبول شبیه بترتب المسبب الجعلی علی السبب حیث یمکن فیه إثبات جزء السبب بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص: ۴۵۶

و کذا یحصل بکل فعل مخرج له عن ملکه (۱) و التزویج (۲)

---

(۱) یعنی یحصل الرد بکل فعل یکون ذلک الفعل مخرجا للمال عن ملک المجیز و الخروج یکون بالنقل و الإتلاف و شبههما کالعتق و النکاح و لکن لا یخفی ان مجرد هذه التصرفات لا تکون ردا للعقد السابق بمعنی إلغائه بل لا یکون معها العقد السابق قابلا للإجازهٔ. نعم إذا قصد بها إلغائه تکون ردا کسائر الأفعال المراد بها رده.

و الحاصل عدم قابلیهٔ العقد للإجازهٔ بمجرد تلک التصرفات لیس لکونها ردا فعلیا للعقد السابق بل انها مخرجهٔ للعقد عن قابلیهٔ لحوق الإجازهٔ و لذا لا تبقی معها للإجازهٔ مورد حتی بناء علی عدم اشتراط الإجازهٔ بعدم مسبوقیتها للرد کما لا یخفی.

(۲) کما إذا زوج غیر الولی و الوکیل المرأهٔ من رجل ثم زوجت نفسها من آخر فان مع التزویج الثانی لا یبقی مورد لاجازتها النکاح الأول و الظاهر ان التزویج کالعتق مثال لشبه النقل و الإتلاف و الوجه فی عدم بقاء مورد للإجازهٔ معها هو ان مثل هذه التصرفات من المالک صحیحهٔ لوقوعها فی زمان کونه مالکا و إذا صحت فلا یبقی مجال لإجازهٔ عقد الفضولی لفوات مورد الإجازهٔ فإن الإجازهٔ تؤثر فیما إذا کان المجیز مالکا للمال لو لا أجازته و المفروض مع التصرفات المزبورهٔ خروج المال عن ملکه قبل أجازته و صیرورته أجنبیا بالإضافهٔ إلی المال المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص: ۴۵۷

و اما التصرف الغیر المخرج عن الملک (۱)

و بهذا یظهر نفوذ تلک التصرفات و عدم صحة الإجازة حتی علی الکشف الحقیقی فإنه یعتبر علیه ایضا ان یکون المجیز مالکا لو لا أجازته.

و الحاصل ان مع شمول خطابات الصحة و النفوذ للتصرفات المزبورة لا یبقی مورد فی العقد السابق لعموم وجوب الوفاء و حل البیع و نحوه کما لا یخفی.

(۱) إذا لم یکن تصرف المالک موجبا لخروج المال عن ملکه و لکن تکون صحته منافیة لنفوذ الإجازة کان التصرف المزبور کالتصرف الموجب لخروج المال عن ملکه فی کونه مفوتا لمورد الإجازة کاستیلاد المالک أمته التی بیعت فضولا أو إجارته الدار التی بیعت فضولا- أو تزویجه أمته التی بیعت فضولا- و الوجه فی کونها أیضا مفوتة لمورد الإجازة ان نفوذ الإجازة مع صحة تلک التصرفات غیر ممکن و إذا فرضت صحة تلک التصرفات باعتبار وقوعها فی ملکه فیمتنع وقوع الآخر یعنی إجازة العقد فضولا أو ان یکون الآخر یعنی الإجازة تکون مبطلة لتلک التصرفات أو ان تقع الأخر یعنی الإجازة علی غیر وجهها بان یکون انتقال المبیع إلی المشتری فی العقد فضولا- بعد انقضاء مدة الإجارة أو انتقاله الیه خالیا عن المنفعة التی وقعت مورد التملیک فی الإجارة و حیث ان إبطال الإجازة تلک التصرفات أو وقوع الإجازة علی غیر نحو الکشف عن انتقال المبیع إلی المشتری من حین العقد غیر ممکن فیتعین الأول یعنی کون الإجازة فاسدة.

نعم إذا انتفع المالک بماله بالسکنی أو باللبس و نحوهما فلا ینافی ذلک نفوذ الإجازة بنحو الکشف غایة الأمر یثبت علی المالک بعد إجازته أجرة المثل للمشتری باعتبار أنه قد فوت علیه المنفعة بسکناه أو لبسه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۵۸

و دعوی انه لا دلیل علی اشتراط قابلیة التأثیر من حین العقد (۱).

(۱) لو تمت هذه الدعوی لکانت نتیجتها صحة الإجازة مع التصرفات التی لا تخرج العین عن ملک مالکها و صحة الإجازة عبارة عن کونها موجبة لانتقال المبیع مثلا إلی المشتری بعد انقضاء مدة الإجارة حتی لو قیل بان مدلول العقد هو النقل من حین العقد و ان الإجازة تتعلق بهذا المدلول و لکن تأثیرها فی النقل یکون من زمان کونه قابلا و هو فی الفرض زمان انقضاء الإجارة.

و أجاب (ره) عن ذلک بان نفوذ الإجازة علی الوجه المذکور بان یکون الانتقال من زمان انقضاء الإجارة خلاف إجماع أهل الکشف فإنهم یلتزمون بأن الإجازة تکون کاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حین العقد فیما کان مجیزه مالکا حال العقد و بما ان المجیز فی الفرض مالک حال العقد فلا بد من کون إجازته کاشفة عن النقل و الانتقال من حین العقد و لازم ذلک عدم إمکان الإجازة مع صحة التصرفات المزبورة.

أقول الظاهر التفصیل فی المقام و هو انه لا یصح الإجازة بعد استیلاد الأمة المبتاعة فضولا لما تقدم سابقا من ان استناد البیع الی المالک یکون بإجازته سواء علی النقل أو الکشف و علیه فاجازة المالک بیع أمته بعد استیلادها بیع لام الولد فلا تصح کما هو مقتضی النهی عن بیع أمهات الأولاد الظاهر فی الإرشاد إلی فساد بیعهن.

و اما إجازة بیع الدار بعد إجارتها فلا بأس بها فان الفرض لا یزید عما إذا آجر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۵۹

نعم لو قلنا بأن الإجازة کاشفة بالکشف الحقیقی (۱).

المالک داره سنة مثلا ثم باعها من آخر فإنه یصح الإجارة و البیع معا غایة الأمر مع جهل مشتری الدار بالإجارة یثبت له خیار الفسخ

باعتبار ان نقص منفعتها و لو بالإجارة عیب و یثبت هذا الخیار فی مفروض الکلام باعتبار حدوث العیب فی الدار قبل اجازة بیعها.

و بهذا یظهر الحال فی إجازة بیع الأمة التی زوجها سیدها قبل اجازة بیعها و انه یصح البیع و التزویج معا غایة الأمر یثبت لمشتریها خیار الفسخ باعتبار ان التزویج فی الأمة عیب.

(۱) لا- یقال لو صح هذا الکلام بان کانت اجازة المالک کاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حین العقد فضولا بحیث یکون استیلاد الأمة بعده واقعا علی غیر ملکه لجری ذلک فی القسم الأول من الأفعال أیضا بأن تکون اجازة المالک کاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حین العقد فضولا فلا یکون العتق أو النقل و الهبة و التزویج و نحو ذلک نافذة لوقوعها علی ملک الغیر واقعا.

فإنه یقال فرق بین هذا القسم و التصرفات السابقة فإن مع تلک التصرفات و نفوذها لا یکون المجیز مالکا لتنفذ إجازته فإن من شرط الإجازة وقوعها عن المالک لو لا الإجازة بخلاف مثل الاستیلاد و اجارة البیت أو تزویج الأمة المملوکة فإن مع هذه التصرفات لا ینتفی ملک المالک حتی لا تنفذ أجازته.

ثم ان الظاهر عدم الفرق فی ذلک بین الالتزام بکون الإجازة کاشفة محضا أو کون لحوقها بالعقد شرطا فان الکاشف اجازة المالک لو لا الإجازة کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۶۰

بقی الکلام فی التصرفات الغیر المنافیة لملک المشتری من حین العقد (۱).

---

(۱) یقع الکلام فی نفوذ الإجازة بعد تصرف المالک فی ماله تصرفا لا یمنع عن ملک المشتری من حین عقد الفضولی کتعریض المالک المال للبیع بعد وقوع العقد علیه فضولا أو إیقاع البیع الفاسد علیه بعد العقد فضولا.

و ذکر (ره) ان مثل هذه التصرفات فیما کانت مع التفات المالک الی تعلق العقد فضولا بماله تکون ردا و فیما لم یکن ملتفتا الی تعلق العقد بماله فلا رد و یجوز أجازته بعدها و استشهد علی کونها مع الالتفات المزبور ردا بوجوه:

الأول- انطباق عنوان الرد الوارد فی بعض الروایات علیها مثل ما ورد فی تزویج العبد بغیر اذن مولاه و فی موثقة زرارة ذلک الی مولاه ان شاء فرق بینهما و ان شاء أجاز أو من زوجته أمه و هو غائب من قوله علیه السّلام و ان شاء قبل و ان شاء ترک.

و لکن أورد (ره) علی هذا الوجه بان مدلول الروایة ان للمجیز ترک عقد الفضولی و اما کیفیة ترکه و أنه إذا ترکه یکون کالرد القولی بحیث یخرج المالک المجیز عن کونه أحد طرفی العقد و انه لا ینفعه أجازته بعد ذلک فلا دلالة للروایة علیه.

الوجه الثانی- ان الرد اللفظی کان موجبا لخروج المجیز عن صلاحیة کونه أحد طرفی العقد و هذا المانع موجود فی الرد الفعلی أیضا بمعنی أنه لا یحتمل الفرق بین الرد فعلا و رد ذلک العقد قولا فی الخروج المزبور.

و الوجه الثالث فحوی حصول الفسخ فی العقد الخیاری بالفعل کوطی البائع الأمة التی باعها بخیار أو بیعها من آخر أو عتقها زمان خیاره فان حصول الفسخ بمثل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۶۱

....

هذه الأفعال باعتبار دلالتها علی حل ذی الخیار العقد و إذا اعتبر دلالة الفعل علی حل العقد و إزالته التی فی الحقیقة رفع لأثر العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالته علی إلغاء العقد المتزلزل من حیث الحدوث.

أقول مجرد التفات المالک الی العقد فضولا- لا- یوجب کون مثل تعریض ذلک المال للبیع ردا للعقد السابق فضولا لإمکان کون التعریض لاحتمال ان یباع المال بأزید من الثمن فی عقد الفضولی و کان من قصده اجازة ذلک البیع مع عدم وجدان من یشتریه

بالأزید.

و الحاصل أنه لا بد فی إنشاء الرد قصده و مجرد الالتفات الی وقوع العقد لا یلازم قصده و الحکم بحصول الفسخ فی مثل وطی البائع الأمة التی باعها أو عتقها بعد بیعها حکم ظاهری مستفاد من دلیل حمل فعل الغیر علی الصحیح و حصول الفسخ واقعا موقوف علی قصد البائع و إنشائه بالفعل و هذا الکلام لا یجری فی مثل تعریض المال للبیع أو إجراء العقد الفاسد فإنه لا مجال فی مثلها لأصالة الصحة فیکون الحکم بالرد بذلک موقوفا علی قرینة دالة علی قصده إنشاء الرد کما لا یخفی.

هذا کله مع الالتفات الی العقد فضولا- و اما مع عدمه فلا یکون مجرد الفعل ردا الا ان یقوم دلیل خاص علی کون فعل ردا کما فی الرجوع فی عدة الطلاق و ذلک لما أشرنا إلیه مرارا من أن الرد کالإجازة من الإنشائیات و هی لا تحصل بدون القصد.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۶۲

و فی حکم ما ذکرنا الوکالة و الوصایة (۱) لو لم یجز المالک فان کان المبیع فی یده فهو (۲)

---

(۱) یعنی لا یحصل فسخ الوکالة و الوصایة بمجرد ارادة الفعل المنافی لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما نعم جواز إنشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البیع للزوم البیع فی نفسه و هما من العقود الجائزة و الأمر فی فسخها و إنشائها أهون.

(۲) و حاصله انه لا موضوع لرجوع المالک الی غیره مع عدم أجازته العقد فیما إذا کان المبیع بیده و اما مع کونه بید غیره فله أخذه منه مع بقائه و لو استوفی الغیر من منافعه یرجع الیه ببدل تلک المنفعة أیضا کما هو مقتضی قاعدة إتلاف مال الغیر بل له الرجوع الی بدل غیر المستوفاة علی خلاف تقدم فی البحث عن أحکام بیع الفاسد هذا مع بقاء المبیع.

و اما مع تلفه فیرجع المالک الی من تلف بیده فیأخذ منه قیمة یوم تلفه علی قول و أعلی القیم من یوم ضمانه الی یوم تلفه علی قول آخر و لو کانت الزیادة فی ید أحد الشخصین الذین جری یدهما علی المبیع کما إذا نقصت قیمته بعد وقوعه بید الآخر فیختص الأول بالرجوع الیه بتلک الزیادة باعتبار عدم اشتغال ذمة الآخر بتلک القیمة فی زمان حیث لم یجریده علی المبیع فی زمانها علی الفرض.

أقول لا یختص رجوع المالک بمن یکون المبیع بیده کما هو ظاهر (ره) بل له الرجوع الی کل من جری یده علی المبیع و ان تلف فی ید غیره کما هو مقتضی ضمان الید و یکون رجوع المالک إلیه بإلزامه بأخذ المبیع من الغیر و رده علیه نعم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۶۳

....

لا یبعد ان لا یکون للمالک الرجوع إلیه بأخذ قیمة المبیع منه مع عدم تمکنه علی تحصیل المبیع و تمکن المالک علی أخذه ممن یکون بیده کما ان للمالک مع تلفه الرجوع الی کل من جرت یده علی المبیع غایة الأمر لو رجع الی من تلف بیده فلا یرجع ذلک الی غیره بخلاف ما لو رجع المالک الی غیره فان الغیر مع دفع قیمة المبیع الی المالک یرجع الی من تلف فی یده فیأخذ قیمته منه و ذلک لما ذکرنا فی البحث فی أحکام بیع الفاسد من ان الضامن بدفعه البدل یملک التالف فان کان تلف المال بیده فلا موجب لرجوعه الی غیره لانه قد تسلم المبیع سابقا منه.

و اما إذا کان تلفه بید غیره فان له الرجوع بما ملکه بدفع البدل الی کل من جری یده علی المال المزبور بعده الی ان یستقر الضمان علی من تلف بیده.

ثم انه قد تقدم سابقا ان المستفاد من صحیحة أبی ولاد ان المعیار فی الضمان بقیمة یوم حدوث الضمان و علیه فان رجع المالک الی من تلف المال بیده و أخذ منه قیمة یوم دخوله فی ضمانه فلا یرجع ذلک الضامن الی غیره و ان رجع المالک الی غیره و أخذ قیمة العین منه یوم دخولها فی ضمانه یرجع ذلک الغارم الی من تلف المال بیده بقیمة العین یوم دخولها فی ضمان من تلف المال بیده

سواء كانت أقل مما دفعها الى المالك أو أكثر كذا الحال بالإضافة إلى منافعها.

و لو كانت العين فاقـدة لوصف فى يد الضامن الأول ثم صار موصوفا به فى يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع الى الضامن الأول ببدل ذلك الوصف حيث لم يأخذ العين بذلك الوصف ليكون ضامنا بالإضافة اليه و لا يقاس الوصف بالمنافع حيث ان المنفعة و هى قابلية العين للانتفاع بها أمر فعلى مأخوذ بتبع أخذ العين كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۶۴

و لا يقدح فى ذلك اعترافه بكون البائع مالكا (۱).

---

(۱) إذا كان اعتراف المشترى بكون الثمن للبائع مبنيا على قاعـدة اليـد القاضـية بأن المبيع كان ملكا له فبظهور عدم ملك البائع للمبيع بالبينـة أو حتى حكم الحـاكم ينتفى الاعتراف المزبور كما هو مقتضـى كون الاعتراف من جهـة الأخـذ بظاهر اليـد و إذا كان اعتراف المشترى بكون الثمن للبـائع لاعتقـاده بـان المبيع للبائع حتى بعـد علمه بقيام البينـة على انه للغير لا للبائع فلا يجوز له الرجوع الى البائع بـالثمن حتى مع أخـذ الغير المبيع من يـده بالمرافعـة مع البـائع أو معه عنـد الحـاكم لأن أخـذ الغير باعتقاده ظلم و إضـرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر بإضرار البائع و إذا لم يعلم حال اعتراف المشترى كما إذا لم يذكر عند اعترافه بأنه مبنى على يد البائع للمبيع أو انه يعلم بان المبيع له فهل للحاكم الأخذ بظاهر إقراره ليحكم بأن الثمن ملك للبائع و ليس للمشترى الرجوع به اليه أو يقدم ظاهر الحال و ان اعترافه مبنى على قاعدة اليد لم يذكر المصنف (ره) ترجيح أحد الوجهين على الآخر و ربما يذكر أنه يحمل اعتراف المشترى على كونه مبنيـا على قاعـدة اليـد لاـ للأخـذ بظاهر الحال فان الظهور ليس ظهورا لفظيا ليكون معتبرا و ظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الـذى لا يغنى من الحق شـيئا بل لأن البينة القائمة على كون المبيع للغير بالدلالة الالتزامية تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشترى و دليل اعتبارها كما يقتضى اعتبارها فى الدلالة المطابقية كذلك يدل على اعتبارها فى الدلالة الالتزامية.

نعم لو أحرز أن الاعتراف من المشترى كان مطلقا يكون موجبا لإلغاء تلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۶۵

و ان كان عالما بالفضولية (۱)

الدلالة الالتزامية باعتبار انه لا مجال للبينة مع الإقرار على نفسه بخلافها و انه يقدم الاعتراف عليها.

أقول الظاهر ان الأمر بالعكس فان ظهور الاعتراف هو الاخبار عن الواقع و مقتضـى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتى مع البينة هو طرح البينة فى دلالتها الالتزامية لأنه لا اعتبار للبينة مع الاعتراف كما هو المقرر فى باب القضاء.

نعم إذا أحرز أن الاعتراف مبنى على قاعـدة اليد التى لا مجال لها مع البينة الكاشـفة عن الواقع لا يكون فى البين اعتراف ليكون موجبا لإلغاء البينة.

هـذا مع انه لاـ يلزم ان يكون حكم الحـاكم بـان المبيع للغير بالبينـة بـل يمكن كونه لليمين المردودة من البائع و معه لا يكون فى البين تلك الدلالة الالتزامية.

(۱) يقع الكلام فيما إذا كان المشترى عالما بعـدم ملك البائع للمبيع و مع ذلك قد دفع الثمن إليه فى جهات: الاولى فى جواز رجوعه إلى البائع بذلك الثمن مع بقائه.

الثانية- فى جواز تصرف البائع فى ذلك الثمن.

الثالثة فى جواز رجوع المشترى الى البائع بذلك الثمن مع تلفه و ذكر المصـنف (ره) فى الجهة الأولى جواز رجوعه إلى البائع بالثمن وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى لوجوه ثلاثة:

الأول- انه لیس فی البین ما یکون موجبا لدخول الثمن فی ملک البائع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۶۶

....

المزبور.

الثانی انه لو کان مجرد دفع المشتری الثمن إلی البائع المزبور مع علمه بعدم ملکه موجبا لانتقال ذلک الثمن الیه لزم القول بدخول الثمن فی ملک البائع فی جمیع الموارد التی یدفع المشتری فیها الثمن إلی البائع مع علمه بفساد البیع و لو کان فساده من سائر الجهات غیر عدم ملک البائع لأن تسلیط البائع علی الثمن مجانا مع علمه بعدم ملکه جار فی جمیعها.

و الثالث انه لو کان دفع الثمن إلی البائع المزبور موجبا لملکه لزم عدم کون العقد قابلا لإجازة المالک لان المفروض عدم بقاء الثمن فی ملک المشتری لیکون بإجازة المالک ملکا له.

أقول ما ذکر (ره) أولا- من انه لیس فی البین ما یوجب انتقال الثمن إلی البائع الفضولی صحیح و لکن لو فرض انتقاله الیه یکون الانتقال المزبور من الهبة المجانیة التی یجوز للواهب الرجوع فیها مع بقاء العین کما هو الفرض.

و ما ذکر ثانیا من أنه لو کان دفع الثمن إلی البائع الفضول موجبا لدخوله فی ملکه لزم الالتزام بالانتقال فی جمیع الموارد التی یدفع المشتری فیها الثمن إلی البائع مع علمه بفساد البیع غیر صحیح فإنه یمکن القول بان فی سائر الموارد التی یکون البائع فیها مالکا للمبیع یکون دفع الثمن بإزاء المبیع بعنوان المعاوضة و حیث لا تکون المعاوضة ممضاة شرعا فلا یدخل الثمن فی ملک البائع بخلاف المقام فان المفروض فیه عدم کون المبیع ملک البائع حتی فی علم المشتری فیکون دفعه الثمن الیه من تملیکه مجانا لا بعنوان المعاوضة.

و کذا لا یصح ما ذکر (ره) ثالثا فإن الإجازة من المالک کاشفة عن انتقال الثمن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۶۷

[رجوع المشتری إلی البائع بالغرامات]

و اما لو کان تالفا (۱)

الی ملک المالک من حین العقد فلا ینفذ تصرف المشتری فی الثمن المزبور فان دفعه الی البائع تسلیط للبائع علی ملک الغیر و لعله (ره) أشار الی ذلک بالأمر بالتأمل.

و بتعبیر آخر حیث ان العقد لازم من طرف الأصیل کما هو مقتضی مذهب الکشف عند المصنف (ره) یکون تملیک المشتری الثمن إلی البائع أو للآخر و لو بإنشاء التملیک محکوما بالبطلان فلا یمنع هذا التملیک الفاسد المفروض إنشائه بالفعل مانعا عن نفوذ اجازة المالک.

و کیف کان فقد ظهر مما ذکرنا فی الجهة الأولی الحال فی الجهة الثانیة و انه لا یجوز للبائع فضولا التصرف فی الثمن المزبور فإنه تصرف بلا مجوز لان المجوز یکون بالملک أو اذن المالک المعبر عنه بالإباحة المالکیة أو اذن الشارع المعبر عنه بالإباحة الحکمیة و قد تقدم عدم حصول ملک الثمن للبائع کما ان المفروض عدم الإباحة الحکمیة و اذن المشتری و رضاه بتصرف البائع بعنوان ان الثمن ملکه بإزاء المبیع لا الاذن فی تصرفه مع بقائه فی ملک المشتری کما لا یخفی.

(۱) هذا شروع فی الجهة الثالثة و هی جواز رجوع المشتری الی البائع بالثمن مع تلفه و قد منع المشهور عن ذلک بل فی المحکی عن العلامة و ولده و الشهید و المحقق الثانیین الإجماع علیه و قد اختاره المصنف (ره) و ذکر ان عدم الضمان مقتضی تسلیط المشتری

البائع على الثمن من غير تضمين.

و بيان ذلك ان ضمان اليد الجارى فى سائر موارد الضمان لا يجرى فى المقام لانه لا ضمان فى مورد جعل المالك الغير أمينا بماله لحفظه كما فى الوديعة، أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۶۸

....

للانتفاع به، كما فى العارية، أو لاستيفاء ما ملكه من منفعة ذلك المال، كما فى الإجارة.

و الحاصل ان قاعدة على اليد قد خصصت فى موارد الاستيمان، و إذا لم يكن ضمان فى تلك الموارد يكون عدم الضمان فى المقام أولى فإنه إذا لم يكن للغير ضمان مع عدم اذن المالك فى التصرف فى المال، كما فى الوديعة، يكون عدم الضمان مع الاذن فى إتلافه أولى و كذا الضمان الثابت فى سائر الموارد بقاعدة الاقدام، لا يجرى فى مورد الكلام لأن البائع الفضولى لم يقدم على ضمان الثمن من كيسه، بل أقدم على ضمانه بالمثمن الذى ملك الغير حتى فى علم المشترى.

و بتعبير آخر لم يجعل المشترى البائع ضامنا على الثمن بان تكون خسارة تلفه عليه فيخرج من كيسه ليكون تضمين، بل تسليطه البائع على الثمن فى مقابل مال الغير بمنزلة تمليك ذلك الثمن له مجانا.

(لا يقال) دفع المشترى الثمن إلى البائع يكون بعنوان تضمينه غاية الأمر كما ان البائع يعتبر نفسه مالكا للمبيع و بهذا الاعتبار يصح له قصد عنوان المعاوضة، كذلك المشترى يعتبره مالكا لذلك المبيع و يقصد عنوان المعاوضة حتى مع علمه بعدم كونه ملكا للبائع شرعا و التضمين المعاملى عين قصد المعاوضة، لا انه أمر آخر كما لا يخفى.

و بعبارة أخرى قصد المعاوضة من المشترى التى معنى التضمين حقيقى و انما يكون الادعاء و الاعتبار فى أحد طرفى المعاوضة و التضمين و لو لم يكن فى المقام تضمين، لم يثبت الضمان للبائع فى مورد ظهور المبيع ملكا للغير حتى مع جهل المشترى لأن المفروض فيه جعل البائع ضامنا للثمن بذلك المثمن الذى كان فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۶۹

....

الواقع ملك الغير، و معه لا يخرج شيء من كيس الضامن فلا يكون فى الحقيقة تضمين حيث ان التضمين عبارة عن جعل عهدة الثمن على شخص ليخرج عوضه من كيسه.

و أجاب (ره) عن ذلك بما حاصله ان التضمين و التمليك بالعوض فى موارد علم المشترى ادعائى بالإضافة إلى البائع الفضول و حقيقى بالإضافة إلى مالك المبيع و الشاهد لذلك انتقال الثمن الى المالك بإزاء المبيع بمجرد أجازته و اما ثبوت الضمان فى مورد ظهور المبيع ملك الغير فهو باعتبار ان المشترى لا يرضى بتصرف البائع فى الثمن بلا عوض ليكون عدم الضمان فيه مستفادا من فحوى عدم الضمان فى مثل الوديعة، فيدخل المثال فى عموم ضمان اليد.

و الحاصل ان الضمان فى صورة جهل المشترى بعدم ملك المبيع للبائع ليس للإقدام و التضمين، بل لقاعدة اليد و كذا يثبت ضمان البائع بالثمن فى موارد علم المشترى بفساد البيع من سائر الجهات لا من جهة علمه بعدم كون البائع مالكا للمبيع حيث ان التضمين و هو قصد خروج البدل من كيس البائع فى تلك الموارد حقيقى غاية الأمر لا يكون هذا الضمان المعاملى ممضى شرعا و لذا يثبت فيه التضمين أو ضمان اليد كما لا يخفى.

(أقول) قد ذكرنا ان التضمين المعاملى عبارة عن قصد المعاوضة و إنشائها و إذا فرض ان المتبايعين أى البائع الفضول و المشترى قد

قصدا المعاوضة فبانشائها یحصل التضـمین المعاملی و اما ضمان الید فهو تابع علی الاستیلاء علی مال الغیر مع عدم إسقاط ذلک الغیر احترام ماله، و جعله للأخذ مجانا و المفروض فی مورد الکلام ان المشتری لم یجعل الثمن للبائع مجانا و الا کان الثمن له مجانا فیجوز له تصرفه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۷۰

نعم لو کان فساد العقد لعدم قبول العوض الملک (۱)

فیه مع ان المصنف (ره) صرح فی الجهتین المتقدمتین بعدم انتقال الثمن إلی البائع و انه لا یجوز له التصرف فیه.

و ما ذکر (ره) من ان دفع المشتری الثمن إلی البائع مع علمه بالحال لیس الا کدفعه الی شخص ثالث غیر البائع فضولا مع علمه بالحال فی ان هذا الدفع لا یکون فیه تضـمین لا یمکن المساعدة علیه فان دفعه الی الثالث المزبور مع الاذن له فی التصرف کیف یشاء، عبارة عن تملیـک المـال له مجانـا، و لـذا یجـوز لـذلک الثـالث التصـرف فیه، بخلاـف البـائع فضولاـ حیث ان دفع الثمن الیه بعنوان الوفـاء بالمعاوضة و لذا لا یجوز له التصرف فیه کما مر.

و الحاصـل ان مقتضـی دلیـل ضـمان الیـد فی سـائر المقامات ثبوت ذلک الضـمان فی المقام ایضا و الاقـدام علی الضـمان المعبر عنه بالتضمین، لیس بموجب مستقل للضمان نعم مع الاقدام علی عدم الضمان لا یتم موضوع ضمان الید کما تقدم بیانه سابقا.

(۱) قد ظهر مما ذکرنا ثبوت الضـمان حتی فی مورد عدم قبول العوض الملک شـرعا و ان دفع الثمن إلی بائع الخمر بعنوان المعاوضـة علی الخمر لا یکون إسقاطا لحرمة الثمن، بان ینتقل الثمن إلی بائع الخمر مجانا بل یکون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضة المزبورة و لذا لا یجوز لبائع الخمر التصرف فیه، کیف و قد دل النص علی کون ثمن الخمر أو الکلب سحتا و لو کان تسلیط البائع علی الثمن تملیکا مجانیا لکان التملیک من الهبة الصحیحة، و لما کان الثمن سحتا للبائع کما نقول بتلک الهبة فیما إذا قال المالک بعتک المتاع بلا ثمن مع قصد تملیک المتاع، فإنه یجوز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۷۱

....

للقابل التصـرف فی المتاع المزبور من غیر ضـمان، لصیرورته ملکا له مجانا، علی ما هو الأظهر، من جواز إنشاء المعاملة بکل لفظ یدل علیها، و لو بالقرینة.

و نظیره مـا إذا جعـل العوض مـا لاـ یعتبر مالاـ لأحـد فی بناء العقلاء کما إذا قال بعتک المال بماء البحر و قبله المشتری. فان دفع البائع المال الی القابل یعتبر من القبض فی الهبة، کما فی قوله بعتک المال بلا ثمن فلاحظ و تدبر.

(۱) یعنی إطلاـق قولهم کـل عقـد یضـمن بصـحیحه یضـمن بفاسـده، یقتضـی ضـمان البـائع فضولاـ الثمن المـدفوع الیه، و لو مع علم المشتری بالحـال نعم یحتمـل ان لاـ تقتضـی القاعـدة الضـمان، فـإنه یحتمـل ان یکون المراد بمـدخول کل فی قولهم کل عقـد، الفرد الخـارجی من العقـد، و حیث ان الفرد لاـ یمکن اتصـافه بالصـحة و الفسـاد معا، فلا بـد من حمل الصـحة و الفساد فیه علی التقـدیر، و الفرض، بان یکون معنی القاعدة ان کل فرد من افراد العقد کان فیه ضـمان علی تقدیر صحته یکون فیه ضمان علی تقدیر فساده ایضا و کـل فرد لاـ یکون فیه ضـمان علی تقـدیر صـحته لا یکون فیه ضـمان علی تقـدیر فساده ایضا، و من الظاهر ان البیع بلا ثمن و الثمن المـدفوع فی الفرض علی تقدیر صـحته، لم یکن فیه ضـمان بان یخرج بدل المال من کیس الطرف فعلی تقدیر فساده، لا یکون ایضـا فیه ضمان.

و لکن هذا المعنی فی أصل القاعدة و عکسـها ضـعیف فان المراد بمدخول کل نوع المعاملة أو صـنفها و یکون فی ضمن ذلک النوع

أو الصنف فرد صحيح و فرد فاسد، و إذا لم يكن فى الفرد الصحيح منهما، ضمان لم يكن فى فاسده ايضا ضمان و مقتضى ذلك ان يكون فى البيع بلا ثمن و فى الثمن فى محل الكلام ضمان، لانه مقتضى ثبوت الضمان فى الفرد الصحيح من البيع، اللهم ان يطبق عدم الضمان فى مسألة البيع بلا ثمن و فى محل الكلام على تلك القاعدة بان لا يراد من أصلها و عكسها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۷۲

و دفع المشترى الثمن اليه لكونه واسطة (۱) لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن (۲) المشترى إذا اغترم للمالك غير الثمن (۳)

الفرد الخارجى من العقد أو خصوص النوع المتعارف أى المسمى باسم خاص بل الأعم عنه و من النوع الغير المتعارف الذى لا يكون مسمى باسم خاص و يكون فيه صحيح و فاسد فعلا كما فى تمليك المال مجانا فان هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تمليك العين مجانا بقوله وهبتك المال و نحوه المعبر عنه بالهبة، كذلك يعم تمليك العين أو المنفعة مجانا كما فى قوله بعتك المال بلا ثمن أو آجرته بلا اجرة و ما إذا دفع المشترى الثمن إلى البائع فضولا مع العلم بالحال.

(أقول) هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان فى مورد الكلام على القاعدة المزبورة فإن العقد فيها يشمل المتعارف ايضا كالبيع و يكون مقتضى شمولها له ثبوت الضمان فى مورد الكلام باعتبار ثبوت الضمان فى البيع الصحيح، فيقع التكاذب و التنافى مدلولها، كما لا يخفى.

(۱) الظاهر ان هذا من سهو القلم، فإنه كيف يثبت ضمان التلف على البائع فضولا- فيما إذا جعله المشترى أمينا بالثمن لإيصاله إلى مالك المبيع على تقدير أجازته.

(۲) الوجه فى الضمان مع الاشتراط المزبور عدم حصول تسليط البائع مجانا على الثمن المزبور، و لكن فى صحة الاشتراط تأمل بل منع.

(۳) ما يغترم المشترى للمالك زائدا على الثمن على أقسام: الأول- ان يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۷۳

....

ذلك فى مقابل العين، كما إذا تلف العين بيد المشترى و أخذ منه مالكها قيمتها و هى عشرون مثلا و كان الثمن المسمى عشرة فالعشرة الزائدة على الثمن المسمى قد اغترمها المشترى للمالك فى مقابل العين.

الثانى- ان تكون الزيادة فى مقابل ما استوفاها المشترى من منافع العين، كما إذا أخذ المالك أجرة السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمرة الى غير ذلك مما استوفاها المشترى من العين المبيعة له فضولا.

الثالث- ان لا يحصل للمشترى بإزاء تلك الزيادة نفع أصلا كالنفقة التى صرفها للعين فى المدة التى كانت بيده، و كقيمة الغرس الذى قلعه المالك بعد أخذه الأرض من يد المشترى، و اما بدل نقص بعض صفات العين أو أجزائها فى يد المشترى فهو من القسم الأول كما لا يخفى.

و ذكر المصنف (ره) انه ليس للمشترى الرجوع الى البائع فى شىء من هذه الغرامات الثلاث فيما إذا كان عالما بالحال، و بان المبيع ليس لبائعه، و اما إذا كان جاهلا بالحال فيجوز له الرجوع عليه فى القسم الثالث بلا خلاف.

و استدل على عدم جواز رجوعه فيه بأمور: الأول- قاعدة الغرور و المراد به فى المقام، إيقاع البائع المشترى فى الغرامة المزبورة ببيعه إياه ما ليس له من غير بيان و هذا بخلاف البيع مع علم المشترى بالحال أو مع بيان البائع، فإن الإيقاع فى خطرات الضمان لا يكون فيه من البائع، و قوله (و متلف عليه ما يغرمه) اما عطف تفسيرى للغرور أو بيان وجه آخر لضمان البائع و هى قاعدة إتلاف مال الغير حيث

دفع البائع المبیع إلی المشتری من غیر بیان فضولیة البیع إتلاف للمال علی المشتری المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۷۴

....

و الحاصل ان ضـمان البائع فی المقام نظیر ضمان شاهد الزور، ضرر المشهود علیه فیما إذا تم الحکم و اعترف بعده ببطلان شهادته، و فی صـحیحة محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السّلام قال قضی أمیر المؤمنین علیه السّلام فی رجل شهد علیه رجلان بأنه سرق فقطع یده حتی إذا کان بعد ذلک جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق و لیس الذی قطعت یده و انما شبهنا ذلک بهذا فقضی علیهما ان غرمهما نصف الدیة و لم یجز شـهادتهما علی الآخر «۱» و صـحیحة جمیل عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی شاهد الزور قال ان کان الشیء قائما بعینه رد علی صاحبه و ان لم یکن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل «۲».

أقول الحکم فی الشاهـد لیس للغرور و الخدعـة کمـا هو ظاهر الصـحیحة الأولی فیعم ضـمان الشاهـد ما إذا کانت شـهادته للاشـتباه و اعتقاد الخلاف.

و الحاصل ان ظاهر ما ورد فی ضـمان شاهـد الزور أو رجوع الشاهد کون ضـمانه للإتلاف علی المشـهود علیه، و من الظاهر ان تطبیق قاعدة الإتلاف علی شـهادته تعبد، لان التلف علی المشهود علیه قد حصل بفعل الحاکم و الشاهد معا، و لذا لو رجع الشاهد قبل حکم الحاکم لا یغرم شـیئا، و بتعبیر آخر لا یمکن اسـتفادة حکم المقام مما ورد فی ظهور بطلان شـهادة الشاهد، أو رجوعه بعد الحکم عن شهادته، کما لا دلالـة لـذلک علی اعتبار قاعـدة الغرور، و لعل هـذا الحکم لسد شـهادة الزور و التشدید علی الناس، لئلا یتسامحوا فی شهاداتهم و لو کان الحکم بضـمان الشاهـد فی مسألـة رجوعه عن شـهادته و فی مسألـة شـهادة الزور، لکون الحاکم متلفا للمال بغرور الشاهد أو کون الحاکم

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۱۴) من أبواب الشهادات الحدیث (۱).

(۲) الوسائل الجزء ۱۸ الباب ۱۱ من أبواب الشهادات لحدیث (۳).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۷۵

....

نظیر من قدم الیه طعام الغیر فأکله جهلا بالحال لصح رجوع المشـهود علیه الی الحاکم أیضا غایة الأمر یکون قرار الضمان علی الشاهد کما لا یخفی.

و نظیر ما ورد فی شاهـد الزور أو رجوع الشاهـد ما ورد فی ان تـدلیس ولی المرأة و ظهور حالها بعـد الـدخول بها و انه موجب لکون المهر المسمی علی ولیها المدلس، فإنه لا یمکن استفادة حکم غیر التدلیس فی النکاح منه، فراجعه.

نعم وردوا فی بعض الموارد، ما استظهر منه اعتبار قاعدة الغرور، کروایة إسماعیل بن جابر قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل نظر الی امرأة فأعجبته فسـئل عنها فقیل هی ابنة فلان فأتی أباها فقال زوجنی ابنتک فزوجه غیرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غیر ابنته و أنها أمـة قال ترد الولیـدة علی موالیها و الولـد للرجل و علی الذی زوجه قیمة ثمن الولد یعطیه موالی الولیدة کما غر الرجل و خدعه «۱» و لکن الروایة ضـعیفة سـندا و دلالة أما سندا لوقوع محمد بن سنان فیه و اما دلالة فباعتبار أن غایة مدلولها، ان تغریر الرجل الزوج و إیقاعه فی ضرر قیمة الولد، موجب لکون تلک القیمة علی الغار، و اما تغریره فی غیر تلک القیمة من الغرامات فضلا عن التعدی من النکاح الی غیره من المعاملات فلا یستفاد منها و یأتی ان ضمان قیمة الولد فی مثل الفرض حکم تعبدی.

الثانى قاعدة نفى الضـرر فان عدم ضمان البائع لما اغترمه المشترى ضرر عليه، و فيه ان قاعدة نفى الضرر مقتضاها نفى الحكم الشرعى الذى تكون رعايته موجبا لتضـرر المكلف، و عدم الضمان ليس من الحكم المجعول، و على تقدير الإغماض عن ذلك فكما ان عدم الضمان ضرر على المشترى، كذلك الضمان ضرر

(۱) الوسائل الجزء (۱۴) الباب (۷) أبواب أحكام العيوب و التدليس الحديث (۲)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۷۶

....

على البـائع، و ليس بيع البائع خصوصا مع غفلته عن الواقع و اعتقاده بكون المبيع له، اقـداما منه على الضـرر الحاصل من ضـمان غرامة المشترى كما لا يخفى.

الأمر الثالث صـحيحة جميل عن أبى عبد اللّه عليه السّـلام فى الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثم يجىء مسـتحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى أخذت منه «۱».

فان الولـد الحر إما من قبيل النفع الحاصل للمشترى، أولا، و على الأول يكون دلالتها على جواز رجوعه فى الغرامـة التى لم يحصل فى مقابلها نفع بالفحوى و على الثانى تكون الغرامـة المزبورة من القسم الثالث بل توصـيف القيمة بالتى أخذت منه فيه إشـعار بالعلية و ان الموجب لرجوع المشترى الى البائع هو أخذ المال منه.

أقول هـذه الروايـة لا دلالـة لها على حكم المقام أصـلا لا بالفحوى، و لا بغيرها و ذلك فان دفع قيمة الولد الى المالك حكم تعبدى، باعتبار كون الولـد فى الإنسان تابعا للأب فيكون الولـد فى المفروض حرا و ليس لمالك الأم إلا أخـذ الأم و أجرة المثل لمنافعها التى اسـتوفاها المشترى، أو فاتت بيـده، و إذا كان دفع القيمـة حكما تعبديا فمن المحتمل ان يكون رجوع المشترى الى بائعها بتلك القيمة حكمـا تعبـديا آخر، و امـا ما ذكر من ان توصـيف القيمـة بالتى أخـذت منه اشـعار لعلـة الحكم، ففيه من المحتمل ان يكون قوله عليه السّلام التى أخذت منه من قبيل تقييد القيمة، لا توصيفها، بان يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة، لا قيمة الولد يوم الرجوع، و

(۱) الوسائل الجزء (۸۸) الباب (۱۴) من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث (۵).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۷۷

و اما السكوت عن رجوع المشترى الى البائع (۱) مع ان رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن (۲)

قد قرر فى بحث الأصول أنه لا دلالة فى التقييد على علة الحكم، و لا يستفاد منه المفهوم.

(۱) و عن صاحب الحـدائق (ره) عـدم جواز رجوع المشترى الى البائع بغير الثمن، من الغرامات، و علل ذلك بعـدم ذكر جواز رجوعه إليه فى صحيحة زرارة و رواية زريق و فى الأولى رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولادا ثم ان أتاها من يزعم أنها له و اقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه فى قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها «۱» و أشار المصـنف (ره) الى الجواب عنه، بأن روايـة زرارة و رواية زريق «۲» لا دلالـة لهما على عدم جواز رجوع المشترى الى البائع، لأن السكوت أى عدم التعرض فيهما على جواز رجوع المشترى الى البائع الفضول بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين فى مقام البيان من هـذه الجهة، و انهما فى مقام بيان وظيفة المشترى مع مالك المال، و على تقدير دعوى إطلاقهما فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد فى سائر الروايات و سائر ما دل على ضمان البائع الفضولى.

(۲) و ذلک فان المفروض فيها شراء الجارية من سوق المسلمين و ظهور المالک بعد ما ولدت من المشترى أولادا و من الظاهر أن الأمة المبتاعة فى السوق فى ذلک

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۴) الباب ۸۸ من أبواب النكاح العبيد الحديث (۴).

(۲) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب عقد البيع الحديث (۱).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۷۸

لان الحاكم من الشارع ليس غارا (۱) فالظاهر علم المشترى ببطلان قضاء المخالف (۲)

الزمان نظير بيع الحيوانات فى السوق فى زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفة و ربما لا يكون البائع فى يوم فى السوق بايعا فيه بعد ذلک اليوم، فلا يمكن الظفر به خصوصا إذا كان ذلک بعد مدة طويلة قد انجبت فيها الأمة المبتاعة من مشتريها أولادا.

(۱) أقول لا يمكن الالتزام بان الحاكم البائع المنصوب من قبل الشارع ليس بغار فإنه لا يعتبر فى جريان قاعدة الغرور الخديعة و على الغار بان ما يدفعه الى الغير ليس بماله بل مال الغير، و لذا قالوا فى مسألة من قدم طعام الغير للآخر ليأكله ان المالک إذا رجع الى الأكل فيرجع الأكل الى مقدمه للغرور، و لم يفصلوا بين ما كان مقدمه عالما بالحال أو مشتبها بان اعتقد ان الطعام له بل صرح بعضهم بالتعميم و عليه فالمشترى من القاضى فى رواية زريق مغرور، غاية الأمر ليس على الحاكم غرم بان يعطى الغرامة من كيسه بل له الإعطاء من بيت المال، لما دل على ان خطاء القضاة فى بيت مال المسلمين، و هذا على تقدير القول برجوع المشترى الى البائع الفضولى فى سائر المقامات.

(۲) فيه منع ظاهر، فان ما ذكر فى الرواية من رجوع المشترى الى مالک المعيشة فيما صرفه فى إصلاحها، و دفع النوائب عنها قرينة على جهل المشترى ببطلان البيع و لو كان عالما بفساده لكان وضع يده على المعيشة المزبورة غصبا، و لم يكن له حق فى الرجوع الى مالكها بالمال المصروف فى إصلاحها، لأنه ليس لعرق الظالم حق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۷۹

و يؤيده قاعدة نفى الضرر (۱)

و الحاصل ان الصحيح فى الجواب عن الحدائق ما تقدم من ان غاية الأمر دلالة الروايتين على عدم ضمان البائع بالسكوت و الإطلاق فى مقام البيان فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بما تقدم.

(۱) يعنى يؤيد قرار الضمان على البائع بالإضافة إلى المنافع المستوفاة أيضا قاعدة نفى الضرر فان عدم ضمان البائع غرامة المشترى فى تلک المنافع ضرر على المشترى و مجرد وصول العوض أى المنافع إلى المشترى لا يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البائع نعم وصول العوض أى المنافع مع عدم غرور المشترى ينافى صدق الضرر.

و بهذا يظهر ضعف ما ذكر فى الرياض من انه لا اعتبار لقاعدة الغرور فيما لا ينطبق على موردها، قاعدة نفى الضرر كما فى المقام فان مع وصول عوض الغرامة إلى المشترى باستيفائه منفعة العين، لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر.

أقول- قد ذكرنا فيما تقدم عدم جريان قاعدة نفى الضرر فى المقام فلا نعيد و على تقدير جريانها تكون دليلا على قرار الضمان على البائع الفضولى، فلا وجه لذكرها تأييدا.

ثم انه (ره) ذكر لقرار الضمان على البائع فى المقام، الإجماع و يظهر هذا من ملاحظة ما ذكروه فى نظير المقام، و هو رجوع آكل الطعام الى من قدمه إليه ليأكله و الاخبار الواردة فى موارد متفرقة، كالواردة فى ضمان شاهد الزور، و اما قاعدة الإتلاف فلا تكون

مقتضاها قرار الضمان علی البائع، لأن مورد قاعدة الإتلاف ما إذا کان المباشر کالالة بحیث یستند الإتلاف إلی السبب، کما إذا وضع فی قرب متاع الغیر نارا بحیث یضرب الریح العاصف النار علی المتاع، و کذا إذا وضع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸۰

....

السمن المنجمد فی إناء مثقوب فی الشمس، فاذابته بإصابتها، فإن إتلاف السمن یسند الی واضعه فی الشمس، و تحسب أصابتها وسیلة لإتلافه و مثل ذلک ما إذا اعطی مال الغیر بید المجنون و الطفل الغیر الممیز فإن الإتلاف یستند الی الدافع و فیما نحن فیه لا یکون المشتری کالالة فی إتلاف البائع و لو کان المتلف هو البائع دون المشتری، فلا یجوز رجوع المالک الی المشتری أصلا، کما هو مفاد قاعدة من أتلف، و القول باعتبار قوة السبب علی المباشر فیه ما لا یخفی، فإنه لا دلیل علی اعتبارها ما لم یکن السبب مما ذکر من إسناد الإتلاف الیه، و کون المباشر کالالة کما فی المکره بالفتح، فان الضمان علی المکره بالکسر فیما لو أکره الآخر علی إتلاف مال الغیر.

أقول قد تقدم الکلام فی دلالة الاخبار کما تقدم عدم جریان قاعدة نفی الضرر فی المقام، و اما الإجماع الظاهر فی مسألة من قدم طعام الغیر إلی الأکل الجاهل بحال الطعام، فهو مسبوق بالسیرة العقلائیة التی هی العمدة فی ضمان التلف فی الید، و الإتلاف، و مقتضی تلک السیرة الالتزام بقرار الضمان علی البائع فی المقام و لکن بالإضافة إلی المنافع التی قدمها البائع إلی المشتری بأن کان البائع مستولیا علی تلک المنافع کسکنی الدار و قابلیة الحیوان للرکوب سواء استوفاها المشتری أم لا.

و اما مثل الثمرة المتجددة علی الشجرة مما تکون المنافع من الأعیان المتجددة فی العین فلا یجری فیها السیرة المزبورة حیث ان هذه المنافع لم تکن فی ید البائع لیکون دفعه العین إلی المشتری الجاهل بالحال تقدیما لتلک المنافع الیه مجانا، بل لا یجوز للمالک الرجوع فی تلک المنافع إلی البائع لعدم إتلاف البائع و عدم وضع یده علیها أصلا، فیتعین للمالک الرجوع فیها إلی المشتری

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸۱

فیشبه المکره فی عدم القصد (۱)

لإتلافه إیاها کما فی فرض الاستیفاء، أو وضع یده علیها کما فی فرض عدم الاستیفاء.

و الحاصل سیرة العقلاء جاریة علی قرار الضمان فیما إذا کان الشخص المستولی علی مال الغیر مقدما ذلک المال الی آخر، أو الی مالکه، لإتلافه مجانا مع جهل المتلف بالحال، و اما فی غیر ذلک، فلا موجب لقرار الضمان علی الغار، و من هنا ذکروا انه لو دخل دار الغیر فأکل فیها طعاما ثم ظهران الطعام کان ملک الأکل و قد غصبه صاحب الدار، فلا ضمان علی صاحب الدار بخلاف ما لو دخل داره فقدم الیه الغاصب ذلک الطعام فیکون الغاصب ضامنا.

ثم انه لا وجه لدعوی ان قرار الضمان علی البائع فی المقام، و علی من قدم الطعام الی الجاهل بحاله، مختص بصورة علم البائع أو المقدم، حیث ان مقتضی السیرة المشار إلیها عدم الفرق بین علمها، و جهلهما.

فتحصل من جمیع ما ذکرنا ان المنافع التی کانت فی ید البائع یکون قرار الضمان علیه سواء استوفاها المشتری أم لا و بلا فرق بین جهل البائع بالحال و عدمه.

(۱) لا یخفی ان المکره (بالفتح) علی إتلاف مال الغیر قاصد لإتلافه، فإنه لا یمکن الفرق بین المکره علی المعاملة، و المکره علی الفعل الخارجی، کالإتلاف و قد تقدم من المصنف (ره) ان المکره علی المعاملة قاصد لها فکیف لا یکون المکره علی الفعل الخارجی قاصدا له. بل لا یبعد الالتزام بان الضمان فی مورد الإکراه علی إتلاف مال الغیر علی المکره (بالفتح) حیث انه المتلف

للمال، غاية الأمر ان جواز

يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين (۱)

ذلك الإتلاف مقتضى الاضطرار و رعاية التزاحم، و لا يمكن نفى الضمان عن المكره (بالفتح) و إثباته للمكره (بالكسر) بحديث الرفع، فان الحديث المزبور لا يثبت حكما، و انما يرفع حكما يكون ثبوته مقتضى الخطابات الأولية مع الامتنان فى رفع و لا امتنان فى نفى الضمان عن المكره (بالفتح) حيث انه مساوق لذهاب مال المالك هدرا.

(۱) ذكر (ره) ان المشترى يرجع الى البائع الفضولى بالزائد على الثمن المسمى لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعدة الغرور، مثلا إذا كانت قيمة العين التالفة عشرين، و الثمن المسمى فى عقد الفضولى العشرة و قد أخذ المالك العشرين من المشترى، فيرجع المشترى الى البائع بالعشرة الزائدة.

لا يقال- لا موجب لرجوعه إلى البائع بتلك الزيادة لإقدامه على ضمان العين التالفة غاية الأمر كان اقدام للمشترى على ضمانها بالثمن المسمى، و إذا لم يصح الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعى، كما هو الحال فى جميع موارد فساد البيع، و مع اقدامه على الضمان لا يكون غرور، و الا كان قرار ضمان مقدار الثمن المسمى ايضا على البائع.

فإنه يقال نعم المشترى مقدم على ضمان بإزاء الثمن المسمى و إذا لم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعى أى قيمتها السوقية فيصح للمالك الرجوع الى المشترى بتلك القيمة، و لكن رجوع المالك الى المشترى ليس لاقدام المشترى على ضمان العين بالقيمة السوقية، بل لان الشارع جعل اقدامه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجبا لضمان العين بها، و بما ان فساد البيع

فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى (۱)

فى المقام ناش عن غرور البائع و كذبه فى دعوى الملكية، يكون غرامة المشترى بالإضافة إلى الزائد على الثمن المسمى ناشئا عن غرور البائع، و لذا لو كان البائع صادقا فى دعواه كان عليه تلف العشرة فقط دون الزائد.

و الى ذلك يشير (ره) بقوله، و الضمان المسبب عن هذا الإقدام، أى الضمان بالبدل الواقعى المسبب عن إقدام المشترى على الضمان المعاملى يكون لأجل فساد العقد و العقد مسبب عن غرور البائع، فيكون المترتب على فساد العقد، و هو ضمان العشرة الزائدة مستقرا على البائع الغار، أضف الى ذلك انه ليس الموجب لضمان المشترى العين التالفة بقيمتها السوقية فى فرض فساد العقد هو اقدامه على ضمانها بالثمن المسمى ليتوهم عدم اجتماع هذا الاقدام مع الغرور بل سبب ضمان المشترى العين بتلك القيمة هو مقتضى وضع يده على مال الغير من غير ايتمان مالكى أو شرعى، و هذا السبب للضمان لا ينافى الغرور.

أقول لا يبتنى الإشكال على كون الموجب لضمان المشترى، إقدامه على ضمان العين، ليجاب عنه بان الموجب له ليس هو الاقدام، بل وضع يده على مال الغير بلا ايتمان، بل الاشكال هو ان الغرور مقتضاه قرار الضمان على البائع و إقدام المشترى مقتضاه عدم هذا القرار فلا يجتمعان حتى لو قيل بان الموجب لضمان المشترى هو وضع يده على مال الغير بلا ايتمان.

(۱) اما جريان قاعدة الغرور فلما مر من كون المشترى مغرورا بالإضافة إلى العشرة الزائدة على الثمن و اما كونه اولى من رجوع المشترى ببدل المنافع المستوفاة فلان استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض إلى المشترى لا يمنع عن رجوعه إلى البائع و يجرى ضمان زيادة القيمة السوقية فى مورد تلف العين، و

و لو تجددت بعده (۱).

و الظاهر ان حكمه حكم المجموع (۲).

و ان كان مما لا يقسط عليه الثمن (۳).

لا يكون معه اى وصول للعوض إلى المشترى فيكون رجوعه بغرامة المنافع إلى البائع مقتضيا لرجوعه إليه بغرامة العين بالفحوى.

(۱) يحتمل كون الأولوية باعتبار أن إقدام المشترى على ضمان العين بالثمن المسمى فى قوة إقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان العقد، حيث يكون الاشتراء بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساويا للقيمة السوقية، و اما زيادة القيمة السوقية بعد ذلك الزمان فلا يتوهم الاقدام بالإضافة إليها كما لا يخفى.

(۲) الظاهر ان تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما إذا كان الجزء مما يقسط عليه الثمن كما فى بيع المن من الحنطة و اما ما لا يقسط عليه الثمن فحكمه حكم الوصف حيث يعد المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوبا و يكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع، لأن كلا من البائع و المشترى ضامن للوصف بضمان اليد، و يكون غروره موجبا لقراره على البائع، من غير أن يكون من المشترى اقدام على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى.

(۳) مراده أن الأوصاف التى لها دخل فى صحة المبيع فى مقابل كونه معيبا، فيقسط عليها الثمن، فيثبت لها حكم الاجزاء، و اما الأوصاف التى لا يكون لها دخل فى صحة المبيع كوصف الخياطة فلا يقسط عليها الثمن، و يرجع المشترى فى غرامة تلفها إلى البائع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۸۵

انما هو إذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البائع (۱)

أقول- لا يقسط الثمن حتى بالإضافة إلى الأوصاف التى لها دخل فى صحة الشيء، و لذا ذكر المصنف (ره) كغيره ان الأرش فى مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن، بل هى غرامة تثبت على البائع بمطالبة المشترى و لا يقسط الثمن بالإضافة الى اجزاء المبيع أى اجزائه الخارجية، بأن يكون بعض الثمن بإزاء يد الحيوان، و بعضه بإزاء رجله و رأسه الى غير ذلك، بل يقسط على اجزائه المشاعة نعم لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف كالمن من الحنطة أو مصراعى الباب ينحل الثمن بالإضافة إلى أجزائه الخارجية أيضا كما مر.

(۱) و حاصله انه لو كان البيع فاسدا من جهة كون بايعه غير مالك و من جهة أخرى أيضا كما إذا كان المبيع عينا غائبة لم توصف حال العقد بوصف رافع للجهالة، و فرض ان المشترى وضع يده عليها بعد البيع، و تلفت بيده فرجع المالك بها عليه، فان المشترى لا يرجع الى البائع بشيء من الغرامات، لأنها لم تكن مسببة عن غرور البائع، و كذبه فى دعواه مالكية العين، بل لو فرض صدقه فى دعواه كانت تلك الغرامات على المشترى، غاية الأمر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البائع، و على تقدير كذبه يكون هو المالك، فتكون الغرامات المزبورة من قبيل مساوى الثمن الذى تقدم عدم رجوع المشترى به الى البائع.

لا يقال- لازم ما ذكر من قاعدة الغرور عدم ضمان المشترى منافع المبيع و لو كان فساد البيع من غير جهة كون البائع فضوليا لأن البائع مقدم تلك المنافع إلى المشترى مجانا، لوقوع الثمن بإزاء المبيع، لا المنافع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۸۶

فان قلت كلا من البائع و المشترى (۱) و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور (۲)

فإنه يقال نعم لا يقع الثمن بإزاء المنافع الا ان المعتبر فى قاعدة الغرور جهل المقدم عليه بحال المال، و المفروض علم المشترى

بطلان تقدیم المنافع لان تقدیمها یتبع البیع الفاسد، بل لو فرض جهله بفساده لما کان الجهل بحکم الشرع موجبا للغرور من البائع کما لا یخفی.

(۱) الاشکال هو ان کلا من البائع الفضول و المشتری باعتبار جریان یدهما علی العین ضامن للمالک، و لذا یجوز له الرجوع الی ای منهما و یبقی فی البین وجه رجوع البائع إلی المشتری فیما إذا رجع المالک الی البائع، حیث أن تلف المال بید المشتری لا یصلح لکونه موجبا لذلک.

نعم لو أتلف المشتری العین فیمکن القول برجوع البائع إلیه فیما إذا دفع البدل الی المالک، باعتبار ان إتلاف المشتری العین کما أنه إتلافها علی المالک کذلک إتلاف للغرامة المزبورة علی البائع.

(۲) حیث ان ضمان الدین علی مذهب الخاصة عبارة عن نقل الضامن الدین عن ذمة المدیون الی ذمته بحیث لا یجوز للدائن بعده مطالبة المدیون بذلک الدین بل یتعین علیه الرجوع الی الضامن، غایة الأمر لو وفی الضامن بالدین یکون له الرجوع الی المدیون، و علی ذلک فلا یکون اشتغال ذمم متعددة للمالک الدائن.

و هذا بخلاف الضمان علی مذهب الجمهور حیث ان الضمان عندهم عبارة عن ضم ذمة إلی ذمة المدیون، بان کان المشغول للمالک الدائن ذمة المدیون.

و بالضمان یشتغل له ذمة الضامن ایضا، و لکن تملک الدائن ما علی الذمتین علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸۷

[تعاقب الأیدی بمال الغیر]

ضمان عهدة العوضین (۱)

البدل، و یلزم علی ما علیه الجمهور جواز رجوع المالک الی کل من المدیون و الضامن.

(۱) المراد أن یضمن أحد عن المشتری للبائع، بأنه إذا ظهر بطلان البیع بکون الثمن ملک الغیر، فعلیه مع تلف المبیع بید المشتری، بدل ذلک المبیع، و هذا هو المراد بضمان عهدة المبیع للبائع، أو یضمن أحد عن البائع للمشتری، بأنه إذا ظهر فساد البیع بکون المبیع ملک الغیر فعلیه مع تلف الثمن فی ید البائع عوض ذلک الثمن، و هذا هو المراد بضمان عهدة الثمن للمشتری، و یکون فی ضمان عهدة المبیع کل من المشتری و الضامن المزبور ضامنا للبائع، فله مع تلف المبیع بید المشتری، الرجوع الی کل منهما، کما یکون فی صورة ضمان عهدة الثمن للمشتری الرجوع الی البائع و الضامن المزبور.

أقول الضمان فی الأعیان المضمونة هو ان یضمن أحد للمالک تلف العین التی یأخذها الآخر بید ضمان کمن ضمن للمالک تلف العین المستعارة التی یأخذها المستعیر مع الضمان کما فی عاریة الذهب و الفضة، و علی ذلک فیجوز للمالک الرجوع مع تلف العین الی الضامن ایضا و لا یخفی ان هذا الضمان و ما تقدم من ضمان عهدة المبیع أو الثمن من قبیل ضمان العین الخارجیة، لا من قبیل ضمان الدین لینتقل الدین إلی ذمة الضامن، فللمالک الرجوع فی الموردین الی الضامن و الی من تلف المال بیده، اما الرجوع الی من تلف المال بیده فلضمان الید و اما الرجوع الی الضامن فإنه مقتضی وجوب الوفاء لعقد الضمان، و لکن ظاهر کلام الأصحاب لا یساعد علی رجوع المالک الی من تلف المال بیده بل ما دامت باقیة، فله الرجوع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸۸

و ضمان الاثنین لواحد (۱)

الی من بیده العین، و مع تلفها أو عدم إمکان أخذها عمن بیده یرجع الی الضامن.

(۱) ینبغی فرض ضمان الاثنین لواحد علی سبیل الاستقلال فیما إذا کان کل منهما ضامنا فی زمان واحد لیکون شمول ما دل علی مشروعیة الضمان بالإضافة إلیهما علی حد سواء، و الا فلا بد من الحکم ببطلان الثانی، لأن مع الضمان أو لا ینتقل المال إلی ذمة الضامن، فلا یبقی للدائن مال بذمة المدیون لیضمنه الآخر و المتحصل ان کلا من المتعددین یصح ان یضمن للمالک فیجوز له الرجوع الی ای منهم، و لکن إذا رجع الی واحد منهم سقط حقه عن الباقین حیث انه لیس له الا مال واحد و قد تسلمه بأخذ بدله فیکون الرجوع الی الآخرین بلا موجب و اما تنزیل هذا الضمان علی الواجب الکفائی و انه کما یجب فیه الفعل علی کل من المکلفین ما دام لم یحصل طبیعی الفعل، کذلک ثبوت البدل علی عهدة کل من المتعددین ما دام لم یدفع البدل الی المالک فلا یخلو عن المناقشة فإن لازمه ان یتعین البدل بالجمیع فیما إذا کان أداء الجمیع دفعة واحدة اللهم الا ان یقال المملوک للمستحق طبیعی البدل المقید بالوحدة لا طبیعی البدل و مع أخذ البدل من المتعددین یکون ملک المستحق بالإضافة إلی الأموال المأخوذة من الکلی فی المعین فیختار فردا واحدا و علیه رد الباقی الی أربابه.

و الحاصل المتصور من ضمان الأشخاص المتعددة أنحاء ثلاثة:

الأول- ان یکون ضمان کل واحد من الأشخاص مشروطا بعدم أداء الآخرین البدل نظیر ما یذکر فی الواجب الکفائی من وجوب طبیعی الفعل علی کل واحد من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸۹

....

المکلفین ما لم یحصل ذلک الطبیعی فی الخارج من الآخرین و لا یلزم ما أشرنا إلیه من استحقاق المالک جمیع ما دفع الیه بعنوان البدل فیما إذا کان الدفع من الکل دفعة واحدة.

الثانی- ان یکون الضامن الأول مدیونا بالبدل بان یثبت البدل بذمته و یکون الثانی ضامنا لأدائه بمعنی انه لو لم یؤد الضامن الأول البدل، یثبت المال بذمته فعلیه أدائه و هکذا و لازم ذلک عدم تخییر المالک فی الرجوع الی کل واحد منهم، بل له الرجوع الی الثانی مع عدم تمکنه علی الاستیفاء من الأول أضف الی ذلک ان دلیل الضمان فی کل من الأشخاص هی قاعدة الید و لا یمکن ان یختلف مفادها بالإضافة إلی الضامنین.

الثالث- ان یقال ضمان المال لیس علی کل واحد واحد من المتعددین بل یثبت البدل الواحد علی الکلی الصالح فی انطباقه علی کل واحد من المتعددین و بتعبیر آخر کما یمکن کون الجامع بین المتعددین مالکا للمال کما فی ملک الزکاة لطبیعی الفقیر و سهم السادات لطبیعی الهاشمی الفقیر فیصح لکل واحد من الافراد أخذ ذلک السهم کذلک یمکن ان یثبت ملک المال للشخص علی عهدة الجامع بین المتعددین فیصح لذلک الشخص أخذ ذلک المال من أی من المتعددین.

و لکن مفاد قاعدة علی الید ضمان کل من وضع یده علی مال الغیر لا ضمان الجامع بینهم فالأظهر فی المقام هو النحو الأول فتدبر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۰

و اما حال بعضهم بالنسبة إلی البعض (۱).

---

(۱) ما ذکر قبل ذلک، کان حال الأشخاص المتعاقبة أیدیهم علی العین بالإضافة إلی المالک فی انه إذا ادی الیه بدل تلک العین أحدهم یسقط البدل عن ذمة الباقین ای لا یکون للمالک حق فی الرجوع إلیهم، و اما حال بعضهم بالإضافة إلی الآخرین منهم فی جواز رجوع مؤدی البدل الی غیره فحاصل الکلام فیه انه إذا کان المؤدی هو الذی تلف العین بیده فمع عدم کونه مغرورا کما هو

الفرض لا یرجع الی غیره و إذا لم یکن تلفها بیده، فله ان یرجع الی کل من تسلم العین منه و لو بالواسطة الی ان یستقر الضمان علی من تلف العین بیده.

و ذکر (ره) فی وجه ذلک ان من وضع یده علی العین ابتداء یکون ضمانه العین قبل ضمان من تسلمها منه کما هو مقتضی ضمان الید فتکون العین بید السابق موصوفة بوصف و هو کون العین ذات بدل و إذا تسلم الثانی العین من السابق یکون ضامنا بتلک العین مع أوصافها التی منها الوصف الحادث فیها بید السابق و مرجع ضمان العین و وصفها المزبور هو ضمان تلک العین أی المبدل و الوصف ای بدلها الثابت بذمة السابق علی سبیل البدل و التخییر، حیث لا یمکن ان یکون اللاحق ضامنا للعین فقط، دون وصفها ای البدل الثابت بذمة السابق و الا لخرج البدل الذی یثبت بذمة اللاحق عن کونه بدلا للعین المزبورة حیث یجب ان یکون الثابت بذمة الآخر بدلا عن العین و أوصافها.

و المتحصل ان ما یدفعه اللاحق تدارک للعین الموصوفة أی التی استقر تدارکها بذمة السابق بخلاف ما یدفعه السابق، فإنه تدارک لنفس العین معینا، إذ لم یثبت بدلها بذمة أحد قبل أخذه، لیکون ضامنا لذلک البدل ایضا بنحو

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۱

....

ما ذکر.

ثم إذا أدی اللاحق البدل الی المالک سقط تدارک السابق لان ضمان اللاحق العین و بدلها الذی کان بذمة السابق تخییری بأن کان ضمان العین للمالک و ضمان بدلها للسابق و لا یجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبدل قبل أدائه إلی المالک لان ضمان اللاحق بذلک البدل للسابق من باب الغرامة لا الدین لذلک السابق و یکون حال الضامن الأول مع الثانی حال الضامن مع المضمون عنه فی عقد الضمان، فی انه کما لا یجوز للضامن قبل أداء المال إلی الدائن مطالبة المضمون عنه کذلک لا یجوز للضامن الأول فی المقام قبل أدائه البدل الی المالک مطالبة الضامن اللاحق.

أقول لا یصلح ما ذکر (ره) وجها لرجوع السابق الی اللاحق، اما أولا فلان الأوصاف المضمونة هی التی یکون لها دخل فی مالیة العین و ثبوت البدل لها بذمة السابق لا یوجب زیادة مالیتها أو نقصها.

و ثانیا فلان ضمان الأوصاف باعتبار ان وضع الید علی العین وضع للید علی الأوصاف و اللاحق فی المقام لا یضع یده علی البدل الثابت بذمة السابق لیکون ضامنا له.

و ثالثا فلانه علی تقدیر وضع یده علی البدل المزبور فاللازم ان یکون ضامنا بذلک البدل للمالک للعین و الوصف و لا موجب لضمان اللاحق لأحد شخصین، بأحد أمرین.

و رابعا فلانه لا موجب لتقدم ضمان السابق علی اللاحق فان ضمان العین بمعنی ثبوت البدل علی العهدة یحصل بتلفها و قبل التلف لا یثبت البدل لا علی ذمة السابق و لا علی ذمة اللاحق و مع تلفها یثبت البدل علی عهدة کل منهما فی زمان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۲

و ربما یقال (۱)

واحد.

اللهم الا ان یقال ان زمان ثبوت البدل بالذمة هو زمان الاستیلاء علی العین غایة الأمر یکون استقرار ذلک البدل مشروطا بتلف العین بنحو الشرط المتأخر و علی ذلک فیکون ضمان اللاحق بمعنی ثبوت البدل بذمته بعد ضمان السابق و لکن اعتبار التلف بنحو الشرط

المتأخر غير ظاهر من أدلة الضمان.

(۱) القائل صاحب الجواهر و حاصل ما ذكره (ره) ان رجوع من لم يتلف العين بيده الى من تلفت بيده باعتبار أن البدل ثابت بذمة من تلف العين بيده فقط غاية الأمر يجوز للمالك إلزام السابق بأداء ما يملكه بذمة من تلف العين بيده و إلزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدوانا.

ثم ان السابق بأدائه البدل الى المالك يملك ما للمالك بذمة اللاحق بالمعاوضة القهرية أى المعاوضة التى لا توقف على الإنشاء و القصد.

و أورد المصنف (ره) على هذا الوجه بأمور الأول- ان موجب الضمان على السابق و هو حديث على اليد و دلالته على الضمان عليهما على حد سواء فان كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البدل على عهدته يكون كذلك فى السابق أيضا.

الثاني- ان الفرق بين الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى غير واضح فان ثبوت البدل بالذمة (و هو الحكم الوضعى) يكون يتبع التكليف بالأداء.

الثالث- ان الفرق بين السابق و اللاحق بثبوت البدل على اللاحق و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۹۳

....

ثبوته على السابق خلاف الإجماع فإن إجراء أحكام الدين على ما بذمة السابق أيضا من تقديمه على الوصايا و ضربه مع الغرماء و جواز مصالحة المالك مع السابق على ما بذمته متسالم عليه عندهم.

الرابع- ان تملك السابق البدل على اللاحق بلا موجب لعدم وقوع المعاوضة الاختيارية مع المالك و لا دليل على المعاوضة القهرية و بتعبير آخر أداء السابق ما على اللاحق الى المالك نظير أداء شخص دين الآخر فى ان المؤدى لا يملك على المديون غاية الأمر أداء دين الغير فى سائر المقامات مستحب، و فى المقام واجب على السابق.

و الخامس- ان لازم ما ذكر عدم جواز رجوع السابق بعد أداء البدل الأعلى خصوص من تلف العين بيده لا الى كل من تسلمها منه و ان لم تتلف بيده حيث ان البدل الذى ملكه السابق بالمعاوضة القهرية ثابت بذمة من تلف العين بيده دون الآخرين.

أقول الصحيح فى وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقا من أن دفع الضامن البدل الى المالك معاوضة قهرية بين ذلك البدل و العين التالفة حيث ان عمدة الدليل على الضمان فى موارد ضمان اليد هى السيرة الدارجة بين العقلاء و مقتضاها حصول المعاوضة المزبورة بالدفع و لذا لا يكون للمالك بعد تسليم البدل طلب بقايا العين و عليه ففى مورد تعاقب الأيدى على العين و تلفها يجوز لدافع البدل مطالبة ذلك البدل من كل من تسليم العين منه و لو بالواسطة الى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده باعتبار وضع كل منهم يده على تلك العين و لكن لا يجوز له الرجوع الى سابقه لان السابق قد دفع تلك العين اليه قبل ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۴۹۴

غرم للمالك بدل الحيلولة (۱)

فلا يكون لضمان السابق موجب و ربما يقال كما عن بعض الأجلاء العظام ان المبادلة القهرية أمر لا أساس له عند العقلاء و انما ذكرها بعض المتأخرين و لعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب عن الغرامة بالبدل حيث لا يعقل كون المعدوم حال عدمه ملكا لصاحبه أو ملك الغارم.

و فيه انه قد تقدم فى توضيح الكشف الحكمى فى اجازة المالك إمكان كون شيء فى زمان ملكا لواحد و فى ذلك الزمان بعينه

ملکا لاـخر مع تعـدد زمـان الاعتبار و علیه فقبل دفع الضامن الأول البـدل یعتبر التالف ملکا للمالک فی زمان طریان التلف علیه و بعد دفعه البـدل یعتبر ذلک التالف فی ذلک الان ملکا للضامن و المصـحح لذلک الاعتبار ترتب الأثر علیه، من ملک الضامن بقایا التالف و رجوعه الی الضامن الثانی.

و یشـهد لذلک ملاحظة فسخ البائع البیع بالخیار المشـروط له مع تلف المبیع فی ید المشتری فإنه قبل الفسخ یکون المبیع زمان طریان التلف علیه ملک المشتری و بعد الفسخ یعتبر ذلک المبیع فی ذلک الان ملک البائع و لذا یرجع الیه ببدله کما لا یخفی.

(۱) یعنی إذا لم یمکن انتزاع العین ممن تکون بیده یغرم من رجع الیه المالک، بدل الحیلولة.

أقول قـد ذکرنا سابقا انه لا أساس لبـدل الحیلولـة، بل ان کانت العین بحیث تعد تالفة فللمالک الرجوع الی الضامن بالبدل، و الا فعلیه الصبر لیتمکن الضامن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۵

نعم لیس للمالک أخذ مؤنة الاسترداد (۱)

أو هو علی استرداد العین غایـة الأمر یکون له عوض المنافع الفائتـة، کما تقدم، کما انه بعد أخذ المالک البدل للعین لا یسـتحقها فیما إذا اتفق إمکان استردادها مستقبلا لحصول المبادلة قبل ذلک.

(۱) لاـ یبعـد ان یکون للمالـک ذلـک فیمـا إذا لم تکن الأجرة المزبورة زائـدة علی اجرة المثل، لا مع زیادتها، لان العین له، فلا یجوز للآـخرین التصـرف فیهـا و لو بالاـسترداد المزبور، و عمل المالک محترم فیستحق الأجرة علیه، نعم إذا کانت الأجرة زائـدة علی أجرة المثل فلا تتعین تلک الزیادة علی الضامن فإنه مقتضی حدیث نفی الضرر و لا یعارض بضرر المالک فان عدم استحقاق المالک تلک الزیادة من قبیل عدم النفع و لا یکون ضررا علیه.

و بهـذا یظهر الحـال فیمـا إذا لم یتمکن علی الاـسترداد غیر المالـک و طلب من الضـامن الزائـد علی الأجرة المتعارفـة فان فی الفرض مقتضی حدیث نفی الضرر عدم وجوب الاستجابة لتلک الزیادة.

و ظهر ایضا انه لو تمکن الضامن علی استرداد العین من غیر صـرف المال و طلب المالک أجرة المثل لیباشر باستردادها یکون وجوب القبول مقتضی حرمة التصرف فی مال الغیر بلا اذن مالکه، و احترام عمل ذلک المالک و اللّه سبحانه هو العالم.

ثم انه بقی فی المقام أمر و هو انه لو ابرء المالک أحد الأشـخاص المتعاقبة أیدیهم علی المال التالف فهل یسـقط حق المالک بمطالبة البدل عنه فقط أو لا یبقی له بعد ذلک حق بان یطالب البدل عن السائرین الأظهر هو الثانی، لأن المال بدل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۶

[بیع ملکه مع ملک غیره بصفقة]

اشارة

الظاهر ان حکمه حکم بیع ما یقبل (۱) لظهور الإجماع (۲) مضافا الی صحیحة الصفار (۳)

واحـد و ذلک البـدل ثابت علی کل من الأشـخاص المتعـددة بحیث یصـح له مطالبـة ای منهم بـذلک البدل و لا یبعد ان یکون جواز المطالبـة من حقوق المالـک، بحیث له ان یسـقطه عن أحـد مع إبقـاء البـدل بـذمته کما یشـهد بـذلک جواز تأجیل الـدین بالاشتراط، فبالجملـة للمالک ان یسـقط حق مطالبته عن أحـد مع بقاء المال علی عهدته، و لکن إذا أسـقط المال عن عهدته، فهو مساوق لاستیفاء

ذلک البدل، و قد تقدم ان مع استیفاء البدل من أحدهم یسقط البدل عن عهدة الآخرین، و انه لا یبقی له دین علی عهدة الآخرین کما لا یخفی.

(۱) وجه الظهور عدم احتمال الفرق بین ما إذا باع ملکه مع غیره بصفقة واحدة و بین ما إذا باع ما یقبل الملک مع مالا یقبله بثمن واحد فی صفقة واحدة.

(۲) تعلیل للحکم بالصفحة بالإضافة الی ما یقبل الملک فیما إذا باعه مع ما لا یقبله.

(۳) یعنی مضافا الی عدم احتمال الفرق بین المسألتین یدل علی الحکم فی المقام صحیحة الصفار «۱» فان قوله علیه السّلام فیها و وجب الشراء فیما یملک وارد فیما إذا باع مملوکه

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب (۲) من أبواب أحکام العقد البیع الحدیث (۱) ص ۲۵۲

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۷

نعم لو لا النص و الإجماع (۱)

مع غیره بصفقة واحدة کما لا یخفی.

(۱) یعنی لو لم یکن فی البین صحیحة الصفار و الإجماع علی الصحة فی المسألة الاتیة مع ملاحظة عدم الفرق بین المسألتین فی الحکم، لأمکن المناقشة فی صحة البیع بالإضافة إلی ملک البائع بما یأتی فی المسألة الاتیة من ان مع اجراء البیع علی المجموع بثمن واحد، لا یکون تبعیضه و الحکم بصحته بالإضافة إلی ملک البائع، مقتضی إطلاق دلیل الإمضاء حیث أن نقل بعض المثمن لا یکون مقصودا إلا فی ضمن نقل المجموع بمجموع الثمن.

أقول التبعیض و الحکم بالصحة بالإضافة إلی ملک البائع أو ما یقبل الملک لا یحتاج إلی الإجماع، أو النص، بل- انحلال البیع بالإضافة الی أجزاء المبیع یعنی أجزائه المشاعة علی الإطلاق، و أجزائه الخارجیة فیما إذا کان بنظر العرف من بیع المجموع من الشیئین کما ذکرنا سابقا- مقتضاه دخول کل من البیوع الانحلالیة فی دلیل الإمضاء علی الاستقلال کما فی انحلال الموضوع فی سائر الخطابات بالإضافة إلی أفراد ذلک الموضوع، و هذا بناء علی عدم تمام بیع الفضولی بإجازة المالک.

و اما بناء علی تمامه بها، فلا ینبغی الریب فی صحته بالإضافة إلی ملک الآخر أیضا مع أجازته، و بالإضافة إلی ملک البائع مع عدمها غایة الأمر مع صحة البیع فی بعض ما جری علیه العقد فقط یثبت للمتبایعین مع جهلهما بان بعض ما جری علیه البیع ملک الغیر أو لا یقبل الملک، خیار تبعض الصفقة الذی مرجعه الی خیار تخلف الشرط علی ما یأتی فی بحث الخیارات إنشاء اللّه تعالی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۸

بما سیجیء فی بیع ما یملک و ما لا یملک (۱) فإنه کما لو تبین بعض المبیع غیر مملوک (۲) مقید فی بعض الکلمات بما إذا لم یتولد (۳)

و نظیر جهل البائع ما لو کان بیعه بدعوی وکالته فی المال الآخر و أنکرها مالکه فإنه یثبت فی الفرض للبائع أیضا خیار تبعض الصفقة و إذا کان البائع أو المشتری عالما بالحال فلا مجال لثبوت الخیار له و لعل کلام الغنیة الذی نفی الخیار للبائع یراد به صورة علمه بالحال و کلام الشیخ (ره) فی الخلاف الذی قوی ثبوته له ناظر إلی صورة جهله بالحال.

و اما صحیحة الصفار فان کان المراد بالوجوب فیها اللزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخیار لا للبائع و لا المشتری حیث ذکر فیها (وجب الشراء من المالک) و هو غیر وجوب الشراء علی المالک و لکن الظاهر و لا أقل من الاحتمال بان المراد هو ثبوت البیع فلا ینافی

کونه خیاریا.

(۱) بالبناء للمفعول أی بیع ما یقبل الملک مع ما لا یقبل الملک.

(۲) بـان کـان البـائع معتقـدا بـأن المبیع بتمـامه ملکه، ثم ظهر خلاف اعتقاده و ان بعضه مملوک الغیر، فان مع رد ذلک الغیر البیع فی ماله، یصح البیع بالإضافة إلی ملک البائع.

أقول لا یحتمل الفرق بین المقام و ظهور بعض المبیع ملک الغیر بل ظهوره ملک الغیر من فروض المسألة فلا وجه للاستشـهاد للحکم بالصحة فی المسألة بالصحة فی ذلک الفرض.

(۳) کما إذا باع دینارین و درهمین، بدینار و درهم، فإنه یکون صحة هذا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۴۹۹

....

البیع، و عـدم لزوم الربا، باعتبار وقوع کل جنس بإزاء مخالفه، فیکون بیع الـدینارین بدرهم، و بیع الدرهمین بدینار، و هذا مسـتفاد من بعض الروایـات الواردة فی الفرار من الربا، و إذا ظهر فی المثال کون الـدینار المنضم الی الـدرهم ملک الغیر تکون المعاملـة بالإضافة إلی الدرهم ربویة، حیث یقع بإزائه أزید من الدرهم الواحد.

لا یقال مقتضی وقوع کل جنس بإزاء مخالفه لتصحیح المعاملة، صحة بیع الدینارین بالدرهم و بطلان بیع الدرهمین بالدینار، و لا یلزم من ذلک ربا.

فـإنه یقـال انحلال المبادلـة إلی مبادلتین کما ذکر لم یکن من قصـد المتعاملین بل بالتعبـد المسـتفاد من بعض الروایات، و لـذا تصـح المبادلة فیما إذا قصد مبادلة المجموع بالمجموع و علی ذلک فلو تم البیع بالإضافة إلی مجموع العوضـین یکون مقتضـی تلک الروایة وقوع کـل جنس بـإزاء مخالفـة، فلاـ ربا، و اما مع فساد البیع فی بعض العوضـین و لو بظهور کونه ملک الغیر، فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوک لبائعه بإزاء مخالفه، فان الوقوع کذلک اما بقصد المتعاقدین، أو بالتعبد، و المفروض انتفاء الأول، و ورود التعبد فی صورة صحة البیع فی الضمیمة.

و ربما یقال ان ضم مال الغیر للفرار من الربا غیر مفیـد حتی مع اجازة مالک تلک الضـمیمة. و کـذا فی مسألة بیع العبد الآبق، و ذلک فـان کلاـ من المـالکین یکون بائعـا بالإضافـة إلی مـاله فقط و مکلفا بالوفاء ببیعه، فیکون البائع مع کون الضـمیمة ملک الغیر بایعا ماله بجنسه مع الزیادة، مثلا إذا باع دینار غیره منضـما الی درهمه بخمسـة عشـر درهما، و فرض ان الـدینار یساوی عشـرة دراهم فیکون بیع درهمه بالأزید من الدرهم، کما یکون بیع الآخر دیناره بالأزید من عشرة دراهم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰۰

[تقسیط الثمن علی المالین]

و طریق معرفة حصة کل منهما من الثمن (۱)

أقول قـد ذکرنا أن ظاهر الروایات الواردة فی الفرار من الربا، وقوع درهم واحـد بإزاء درهمه، و الباقی و هی أربعة عشـر بإزاء الدینار، فلا ربا مع التعبد بالانحلال بهذا النحو و لم یذکر فی تلک الروایات الا اعتبار الضمیمة، لا اعتبار کونها ملک البائع أیضا.

نعم ناقش صاحب الجواهر (ره) فی اسـتحقاق مالک الـدرهم درهما و مالک الـدینار أربعة عشـر درهما، و لکن لا لاعتبار ملک البائع الضـمیمة بل مناقشـته مع الالتزام بصـحة البیع، و ایضا لا وجه لاعتبار ملک الضـمیمة فی مسألـة بیع العبد الآبق فإنه و ان ذکر فی بعض

الروایات ان الضمیمة باعتبار أنه لو لم یظفر المشتری بالآبق یکون قد وصل إلیه بإزاء ثمنه تلک الضمیمة، الا ان المراد ان لا یخرج تمام الثمن عن ملکه بلا عوض أصلا، و لا یقتضی ذلک اعتبار کون الضمیمة ملک بایع العبد و تملکها منه.

(۱) ذکر (ره) فی تعیین حصة البائع من الثمن مع اجازة المالک و عدمها، ان یقوم کل من مال البائع و المال الآخر منفردا، و یجمع قیمتها، و یلاحظ نسبة قیمة کل الی ذلک المجموع فیؤخذ من الثمن المسمی بتلک النسبة مثلا إذا کانت القیمة لمال البائع أربعة دراهم و القیمة السوقیة للمال الآخر ثمانیة، یصیر مجموعهما اثنی عشر درهما فتکون قیمة ما للبائع ثلث المجموع، و لو فرض ان الثمن المسمی ستة دراهم فیستحق البائع منه الثلث، یعنی درهمین، و یجری هذا حتی فیما إذا کان للهیئة الاجتماعیة دخل فی زیادة القیمة السوقیة کمصراعی الباب، و الی هذا النحو من التقسیط یشیر ما فی الإرشاد من انه یقسط المسمی علی القیمتین أی علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰۱

و لعله ایضا مرجع ما فی الشرائع و القواعد (۱)

القیمة السوقیة لمال البائع و القیمة السوقیة للمال الآخر فإن تقسیط الثمن المسمی علیهما لا یکون الا بما ذکر.

(۱) ذکر فی الشرائع و القواعد و اللمعة فی تعیین حصة البائع من الثمن، انه یقومان معا، ثم یقوم أحدهما و لعل المراد بذلک ایضا ما تقدم من تقوم کل من المالین منفردا ثم جمع القیمتین و تعیین نسبة أحدهما إلی المجموع و الأخذ من الثمن المسمی بتلک النسبة.

و یؤید کون المراد ما ذکر تفسیر جامع المقاصد عبارة الإرشاد بما فی الکتب المزبورة و لکن للمناقشة فی ذلک مجال واسع فان ظاهرها تقویم المالین معا ثم تقویم أحدهما منفردا و تعیین النسبة بین قیمة أحدهما منفردا و قیمة کلیهما معا، و الأخذ من الثمن المسمی بتلک النسبة، مثلا إذا کان المبیع مصراعی الباب و قوم المصراعان معا بعشرة دراهم و قوم أحد المصراعین بدرهمین تکون النسبة بین قیمة أحدهما منفردا و قیمة کلیهما معا الخمس، و لو فرض الثمن المسمی خمسة دراهم فیرجع المشتری الی البائع بخمس الثمن، ای بدرهم واحد و یبقی للبائع أربعة دراهم بإزاء مصراع واحد و الوجه فی ظهور عبارة الکتب فی ذلک ان المذکور فیها تقویم أحدهما بعد تقویم المالین و هذا لا یکون إلا إذا کان تقویم المالین بتقویمهما معا.

و هذا بخلاف الطریق السابق فإنه علیه یکون للبائع نصف المسمی ای درهمان و نصف و یرجع المشتری بنصفه الآخر لأن النسبة علی الطریق المزبور بین قیمة أحدهما و مجموع القیمتین هو النصف.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰۲

فان الالتزام هنا بالنسبة المذکورة یوجب الجمع (۱) فان قلت ان المشتری إذا بذل (۲)

---

(۱) و لکن لا یلزم الجمع بین العوض و المعوض علی التقسیط الذی ذکره (ره) بل بناء علیه یرجع المشتری بنصف الثمانیة باعتبار ان قیمة کل من الجاریة و أمها علی الانفراد عشرة فیصیر مجموع قیمتها عشرین و النسبة بین قیمة إحداهما أی العشرة و المجموع هو النصف، و لکن ینبغی أن یعد هذا الفرض علی تقدیر اتفاقه اشکالا ایضا علی التقسیط الذی ذکره (ره) و استظهره من عبارة الإرشاد و غیره حیث لا وجه لاستحقاق البائع أربعة دراهم مع کون ملکه مساویا لتمام الثمن المسمی.

(۲) و حاصله ان المتعین فی طریق تقسیط المسمی هو ما ذکر فی الشرائع و القواعد و اللمعة، و لکن ینبغی أن یکون المراد بأحدهما فی قولهم (یقومان جمیعا ثم یقوم أحدهما) هو مال البائع و انه إذا قوم المالان ثم قوم مال البائع منفردا و عین النسبة بینهما یکون البائع مستحقا من المسمی بتلک النسبة کما إذا قوم الباب بمصراعیه بعشرة دراهم و قوم مال البائع بدرهمین و النسبة بین الدرهمین و العشرة هی الخمس فیستحق البائع درهما فی فرض کون المسمی خمسة دراهم و الوجه فی تعیین التقسیط بهذا النحو هو جریان البیع علی المالین مع الهیئة الاجتماعیة و ما تم بیعه هو مال البائع منفردا.

و علی ذلک یستحق البائع فی مثال الأمة و أمها تمام الثمانیة لأنه لا قیمة للهیئة الاجتماعیة و لا یلزم من استحقاق الثمانیة الجمع بین العوض و المعوض هذا.

و لکن ما ذکر غیر صحیح، و ان البائع فی بیع مصراعی الباب، یستحق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰۳

[و لو باع من له نصف الدار نصف تلک الدار]

اشارة

و لو باع من له نصف الدار نصف تلک الدار (۱)

نصف الثمن المسمی و الوجه فی ذلک ان الهیئة الاجتماعیة من قبیل الأوصاف، و الأوصاف لا- تقع بإزائها الثمن لیقسط علیها کتقسیطه علی المالین و هذا فی الضمان المعاوضی و اما فی ضمان الید فالأوصاف و منها الهیئة الاجتماعیة تدخل فی الضمان و یکون تلف الوصف فی ید الغاصب کتلف نفس العین مضمونا علیه.

أقول- بالتأمل فی جمیع ما تقدم یظهر انه یعتبر فی تقسیط الثمن علی المالین تقویمهما حال بیعهما اجتماعا ثم تقویم ملک البائع منفردا فی فرض عدم اجازة مالک الآخر البیع فی ماله و ان البائع یستحق من الثمن المسمی بتلک النسبة کما انه یقوم مال البائع بلحاظ بیعه منضما الی المال الآخر فی فرض اجازة مالک المال الآخر، فإن عدم ضمان الهیئة الاجتماعیة کسائر الأوصاف بضمان معاوضی، لیس مقتضاه تقویم کل من المالین منفردا مع دخالة الهیئة الاجتماعیة فی زیادة الثمن کما لا یخفی.

(۱) و حاصله لو فرض اشتراک الاثنین أو الأزید فی عین بنحو الإشاعة کما إذا کانت الدار مشترکة بینهما بالمناصفة و باع أحدهما نصفها فان علم إرادة البائع بیع حصته شریکه أو الإشاعة بین الحصتین فلا کلام، و اما إذا لم یقصد الا مدلول قوله بعت نصف تلک الدار بکذا و فرض قبول المشتری ذلک المدلول، فهل ینتقل إلی المشتری تمام حصة البائع من تلک الدار أو یکون المبیع نصف کل من حصتی البائع و شریکه، فیکون البیع المزبور نافذا بالإضافة الی نصف حصة البائع، و فضولیا بالإضافة الی نصف حصة شریکه، احتمالان.

و یقتضی الأول ظهور النصف و انصرافه فی مقام التصرف الی ما ینفذ فیه تصرف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰۴

....

البائع و لکن هذا الظهور معارض بظهور النصف فی نفسه فی الإشاعة بین الحصتین کما انه معارض بظهور بیع البائع فی کونه بالأصالة.

و بالجملة ان البیع بالإضافة الی نصف حصة البائع محرز، و اما بالإضافة إلی نصفها الآخر أو نصف حصة شریکه فمقتضی المعارضة المزبورة عدم إحراز شیء منهما.

و بهذا یفترق المقام من قول البائع بعت غانما حیث ان الغانم بمعنی العبد، من الکلی الطبیعی الصادق علی کل من عبد البائع و عبد غیره، و یحمل علی عبد البائع بمقتضی وقوعه مقام التصرف، و ظهور الهیئة فی قوله بعت غانما فی الأصالة من غیر ظهور معارض، و هذا بخلاف ما إذا قال بعت نصف الدار المفروض کونها مشترکة بین الاثنین بنحو الإشاعة، فإن ظهور النصف فی الإشاعة بین

الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصة البائع.

ثم إذا كان البائع المزبور وكيلا عن شريكه أو وليا عليه فهل يكون الحكم كما فى صورة كونه أجنبيا أم لا الصحيح ان يقال إذا كان المعارض لظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين فى الصورة السابقة، هو ظهور النصف بقرينة مقام التصرف فى النصف المختص للبائع كما هو الأظهر، فلا معارضة فى صورتى الوكالة و الولاية بل يؤخذ بظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين، لان الموجب لظهور النصف فى خصوص حصة البائع، عدم نفوذ تصرفه فى غير تلك الحصة، و مع الوكالة أو الولاية، يكون تصرفه نافذا فى حصته و حصة شريكه على السواء.

و على ذلك فمع عدم تعيين احدى الحصتين بخصوصها كما، هو المفروض يحمل المبيع على الإشاعة بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۰۵

و ما ذكره الشهيد الثانى (ره) من عدم قصد الفضولى (۱)

و اما ظهور البيع فى كونه بالأصالة فهذا لا يعارض ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين بل ظهور النصف، يكون حاكما على ظهور البيع فى الأصالة، فإن ظهور البيع فى الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقى للفعل و بمقدمات الحكمة و لذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا- يكون له ظهور فى الأصالة و ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين أيضا ظهور إطلاقى و لا- يكون له ظهور فى الإشاعة بينهما فيما إذا قيد تلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، الا ان ظهور المتعلق و لو كان إطلاقيا يكون حاكما على ظهور الفعل حيث ان المتعلق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيد بالإضافة إلى المطلق.

و بهذا يظهر انه لو لم يكن فى الصورة الأولى ظهور النصف و انصرافه إلى حصة البائع بقرينة مقام التصرف، لكان ظهور البيع فى الأصالة محكوما بظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين.

و الحاصل ان مع عدم وكالة البائع أو ولايته لا يحمل النصف على الإشاعة بين الحصتين بل يكون إنشاء البيع مجملا بالإضافة الى بعض المبيع بخلاف صورتى الوكالة و الولاية فإنه يحمل فيهما النصف على الإشاعة و اليه يشير قوله (ره) (فالأقوى فيهما الاشتراك).

(۱) و حاصله أنه بناء على كلام الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى مدلول اللفظ يكون النصف محمولا على خصوص حصة البائع فيما إذا كان أجنبيا و يحمل على الإشاعة بين الحصتين على تقدير كونه وكيلا أو وليا على شريكه و ذلك فإن أصالة القصد فى كل متكلم و متصرف و منه البائع يكون معينة للمراد من النصف فى قوله (بعت نصف الدار) و ان المبيع خصوص حصته بخلاف صورة الوكالة أو الولاية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۰۶

الا ان يمنع ظهور النصف إلا فى النصف المشاع (۱)

فإن الأخذ فيهما بظاهر النصف يعنى الإشاعة بين الحصتين لا ينافى أصالة القصد حيث ان البائع لكونه وكيلا أو وليا يقصد البيع لا محالة.

(۱) و حاصله انه يمكن منع ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين بان يقال غاية ظهوره الإشاعة فى مجموع العين لا- فى كل من الحصتين فيكون مقتضى قوله (بعت نصف الدار بكذا) حتى فى صورة وكالته أو ولايته هو بيع خصوص حصته و كما كان فى قوله (بعت غانما) مقتضى الأصالة، بيع عبده كذلك فى قوله (بعت نصف الدار).

و لذا ذكروا فى مسألة ما إذا وهبت الزوجة نصف مهرها لزوجها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، انه يستحق الزوج بالطلاق، النصف الباقى، و لو كان النصف ظاهرا فى الإشاعة بين الحصتين، لكان للزوج بعد الطلاق، نصف النصف الباقى، و قيمة نصف الموهوب.

(لا- يقال) لا- شهادة فى الفرع على كون النصف المضاف الى العين ظاهرا فى الإشاعة فى مجموع تلك العين، لا فى الإشاعة بين الحصتين، و ذلك فان استحقاق الزوج النصف الباقى من المهر باعتبار ان حقه الأول هو نصف النصف الباقى، و قيمة نصف النصف الموهوب، و لكن يجوز فى القيميات مع التمكن على المثل دفعه و حيث ان النصف الباقى على ملك الزوجة، مثل النصف الموهوب فلا- تعتبر قيمة الموهوب، نظير ما ذكروا فى باب القرض انه لو أقرض قيميا، فللمقترض دفع العين التى اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة.

(فإنه يقال) نعم يمكن ان يكون ما ذكر وجها لاستحقاق الزوج تمام المهر فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۰۷

....

الفرض المزبور الا ان ظاهر كلماتهم فيه، لا يساعد على هذا الوجه، بل ظاهرهم ان استحقاق الزوج تمام المهر، باعتبار صدق نصف المهر على النصف الباقى، و انه لا فرق بين النصف المضاف الى العين، و بين سائر الكلى الطبيعى المحمول على الفرد المملوك.

و على ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقى من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه، منافيا لما يذكر فى المقام من ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين و لكنه يحمل على خصوص حصة البائع بقرينة مقام التصرف.

و أيضا ينافى ما يذكر فى المقام ما ذكروه فى باب الصلح من انه لو كانت العين بيد أحد و ادعاها اثنان بسبب موجب للشركة بين المدعيين كما إذا قالا انهما ورثاها من أبيهما و فرض إقرار ذى اليد لأحدهما بنصفها و لم يعترف للآخر بنصفها الآخر ثم بعد ذلك صالح المقر له مع المقر فى النصف الذى اعترف له بألف دينار، فإنهم ذكروا صحة الصلح و نفوذه فى ربع الدار و اما فى ربعها الآخر فتمام الصلح موقوف على إجازة المدعى الآخر.

و وجه المنافاة ان النصف الذى وقع مورد الصلح بألف دينار يصدق على كل من نصفها الذى يدعيه المصالح و على النصف الذى يدعيه الآخر، و على النصف من الحصتين و مقتضى وقوعه فى مقام المصالحة و التمليك حمله على النصف الذى ملكه باعتراف ذى اليد، و لذا لو صالح المقر له ذلك مع شخص آخر قبل اعتراف ذى اليد، نفذ الصلح فى نصفه المختص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۰۸

[الإقرار بالصحة للغير]

و لذا اختار سيد مشايخنا (قدس سرهم) اختصاصه بالمقر له (۱) و على كل حال فلا إشكال فى ان لفظ (۲)

---

(۱) يعنى حيث ان ما ذكروه فى مسألة المصالحة من نفوذها فى ربع المال ينافى ظاهرهم من حمل النصف فى مقام التصرف على خصوص حصة المتصرف اختار بحر العلوم (ره) ان النصف فى مسألة المصالحة أيضا يحمل على خصوص حصة المقر له فتكون المصالحة نافذة فى تمام حصة المقر له و هى نصف العين.

و ايضا فصل فى المسالك و قال لو أجريت المصالحة على نصف المقر له أو على نصف العين فتحمل على الحصة الواقعية للمقر له لان مقتضى الإضافة فى الأول و مقتضى الظهور فى مقام التصرف فى الثانى، هو الحمل على حصة المتصرف.

و اما إذا أجريت على النصف المعترف به فتحمل على الإشاعة بين الحصتين فتكون نفوذ معا بتمامها محتاجا إلى إجازة صاحبه و لكن يرد على المسالك ان ما ذكر ليس تفصيلا فى مسألة المصالحة بل اختيار لقول المشهور القائلين بالحمل على الإشاعة بين الحصتين، لان المفروض فى كلماتهم اجراء المصالحة على النصف المعترف به فراجع.

(۲) یعنی یحمل النصف المضاف الی العین فی مقام الإقرار علی الإشاعهٔ بین الحصتین، بلا خلاف نعم مع القرینهٔ علی ارادهٔ المقر، حصته أو حصهٔ غیره، فلا کلام، و لهذا أفتوا فیما إذا کانت العین بید اثنین و کانت ید کل منهما علیها بالمناصفهٔ و اعترف أحدهما لثالث بثلثها و أنکره صاحبه، بأن ما بید المعترف من نصف العین یکون بینه و بین الثالث المزبور علی حد سواء، کما ان ما بید الآخر من نصف الدار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۰۹

....

یکون الزائد علی حصته و هو سدس العین محسوبا علی المعترف و الثالث علی حد سواء.

لا یقال- هذا الفتوی غیر مناسب لحمل الاعتراف لثالث علی الإشاعهٔ بین الحصتین، فان مقتضی حملهٔ علیها ان یکون ثلث ما بید المعترف الذی هو سدس العین و ثلث ما بید الآخر و هو سدسها أیضا لذلک الثالث، و حیث ان صاحب المعترف ینکر الاعتراف، فقد تلف سدس العین علی ذلک الثالث، و یبقی له السدس الذی بید المعترف.

(فإنه یقال) ما بید المنکر من نصف العین لیس عین ماله، بل مقدار حصته بزعم المقر و زائد علی ذلک المقدار، بثلث و لو کان مال المنکر متعینا بما بیده کما إذا کان داران إحداهما بید زید و الأخری بید عمرو و اعترف زید لثالث بنصف کل من الدارین ففی هذه الصورهٔ باعتبار تعین مال عمرو بما بیده، یکون النصف الآخر مما بیده تالفا علی الثالث فقط للإنکار.

و الحاصل ما بید المعترف فی المثال المتقدم، مقدار حصته مع زیادهٔ لا انه حصته بل حصهٔ ذلک الثالث و المعترف مقدار بلا تعیین خارجی لهما و علی ذلک فما یحصل من العین بید المعترف نسبته الیه و الی الثالث علی حد سواء، کما ان ما بید المنکر زائدا علی حصته، و هو سدس العین، نسبته أیضا الی المعترف و الثالث علی حد سواء، و نتیجهٔ ذلک هو الحکم بالمناصفهٔ فی التالف و ما بید المعترف حتی مع حمل الاعتراف علی الإشاعهٔ بین الحصتین.

نعم لو قیل بإمکان تعلق الغصب بالمشاع، و بجواز تقسیم أحد الشریکین مع الغاصب فی إفراز حصته لأمکن القول بان سدس العین المفروض کونها بید

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱۰

نعم یمکن ان یقال ان التلف فی هذا المقام (۱)

المنکر یحسب تالفا علی الثالث فقط بدعوی ان وضع کل منهما یده علی نصف العین بمنزلهٔ تعیین کل منهما حصته بما بیده، فلا مال للمعترف بید المنکر لیحسب تالفا علیه و علی الثالث معا و لکن تعلق الغصب بالمشاع و ان کان ممکنا الا انه لا یصح الافراز مع الغاصب بل لا بد من کونه برضاء الشرکاء.

و یتفرع علی ذلک أی علی تعلق الغصب بالمشاع و عدم صحهٔ الإفراز مع الغاصب، انه لو کانت الدار لاثنین علی الإشاعهٔ و کانا ساکنین فیها و اخرج الظالم أحدهما و سکن مکانه، فیلزم علی الشریک الساکن نصف اجرهٔ المثل فی نصف الدار لصاحبه الذی أخرجه الظالم لأن حصهٔ الشریک الساکن لا یتعین فی النصف الذی یسکن باعتبار عدم صحهٔ الإفراز مع الغاصب، نعم یکون ما علی الظالم ایضا من أجرهٔ المثل له و لشریکه بالمناصفهٔ.

(۱) یعنی یمکن ان یقال عدم جواز الافراز مع الغاصب، لا یلازم عدم الإفراز فی المقام، بل فی المقام یکون الزائد فی ید المنکر محسوبا علی المقر له، و ذلک لان إنکاره موجب لجواز وضع یده علی نصف المال الزائد علی حصته بزعم المقر، حسابا لذلک الزائد علی المقر له.

و نظیر المقام مسألة الإقرار بالنسب فان مقتضی إنکار الوارث الآخر ان یضع یده علی الزائد علی حصته حسابا علی من لم یقر بنسبه فلا یکون ما بید المقر مشترکا بینه و بین المقر له علی حد سواء.

و لکن لاـ یخفی ان مقتضی نفوذ الإقرار علی المقر ان یترتب علی ما بیده من المال اثر الواقع و المفروض ان ما بیده بحسب إقراره ملک له و للمقر له علی حد سواء کما ان الموجود بید المنکر یکون الزائد منه علی حصته مشترکا بینه و بین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱۱

....

المقر له کذلک.

أقول لا ینبغی الریب فی ان النصف أو نحوه عند إضافته إلی عین لا یکون ظاهرا فی الإشاعة بین الحصتین کما تقدم فی تقریر مسألة الطلاق و إذا ملک زید و عمرو دارا بالمناصفة فأی جزء یفرض من الدار فهو و ان کان مشترکا بینهما بالمناصفة الا ان حصة کل منهما لا یتصف بینهما بالمناصفة و لذا لا یکون عند ما یقال نصف تلک الدار فی مقام البیع و الإقرار ظاهرا فی الإشاعة بین الحصتین بل النصف أو نحوه بالإضافة إلی الحصتین من قبیل الکلی فی المعین و المراد بالإشاعة فیه عدم تعیین النصف فی جهة العین بکونه طرفها الشرقی أو الغربی بل أی جزء یفرض من العین یقع مورد الحکم بمقدار النصف و اما حساب ذلک المقدار علی ای من الحصتین أو علیهما فلا بد من القرینة علیه، و مقتضی القرینة فی مقام التصرف حمله علی حصة المتصرف فقط حیث ان مقتضی الإطلاق أی مقدمات الحکمة فی ذلک المقام وقوع التصرف لنفسه لا عن الآخر بالولایة أو فضولا فان الوقوع عن الأخر کذلک یحتاج الی التقیید و القصد فیما إذا کان المال الذی یتصرف فیه کلیا فی الذمة، أو کلیا فی المعین، و المفروض فی المسألة، ان البائع لم یقصد من قوله بعت نصف الدار بکذا، الا ما یکون ظاهرا منه عند تمام الإطلاق.

و لا یبعد ان یکون الأمر کذلک فی مسألة استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول و بعد هبة الزوجة نصف مهرها له، حیث ان مقتضی خروج النصف من ملک الزوجة إلی ملک زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر.

و ما تقدم من المصنف (ره) من ان ظهور المتعلق حاکم علی ظهور الفعل بمعنی انه لا تتم مقدمات الإطلاق فی ناحیة الفعل المقتضی لصدور الفعل عن الفاعل بالأصالة مع ظهور المتعلق فی الإشاعة بین الحصتین، ففیه أولا ان المتعلق کما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱۲

و اما مسألة الإقرار بالنسب (۱)

ذکرنا لا ظهور له فی الإشاعة بین الحصتین.

و ثانیا لا یکون ظهور المتعلق بیانا فی کل مقام بل ربما یکون ظهور الفعل، بیانا لإطلاق المتعلق، نظیر قوله لا تضرب أحدا فإن النهی عن الضرب الظاهر فی المولم، قرینة علی تقیید المتعلق بالاحیاء، و قد ذکرنا (ره) فی بحث الاستصحاب ان النهی عن النقص قرینة علی اختصاص المراد من الیقین و الشک بموارد الشک فی الرافع.

هذا کله فی مقام التصرف و نحوه و اما فی مقام الإقرار، فلیس فی البین ما یوجب تعیین المقر به بخصوص حصة المقر، بل الاخبار عن حصة من العین بأنها للغیر، مقتضاه ان الحصة المزبورة تخرج عن تمام العین فینفذ من الإقرار بمقدار الإقرار علی النفس و لا ینفذ ما یکون إقرارا علی الغیر.

(۱) و مما ذکرنا فی مسألة اعتراف أحد الشریکین بثلث العین للآخر یظهر حال إقرار أحد الوارثین بالنسب للثالث فی ان ما یکون بید الوارث المنکر لا یحسب تالفا علی ذلک الثالث فقط بل یکون ما بید المقر لهما و ما بید المنکر تالفا علیهما علی حد سواء.

نعم فی البین روایات «۱» و ربما یستظهر منها ان التالف بالإنکار لا- یحسب علی المقر بالنسب للثالث و لکنها لضعفها غیر قابلة للاعتماد علیها و دعوی انجبار ضعفها بعمل المشهور فیها ما لا یخفی لان نقل أصحاب الحدیث تلک الروایات فی کتبهم لا یدل علی عملهم بها کما یمکن ان یکون عمل البعض من غیرهم لاعتقادهم

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۲۶) الحدیث (۵- ۶)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱۳

[بیع ما یقبل الملک مع ما لا یقبله]

و دعوی انصرافه إلی صورة (۱)

موافقة مضمونها للقاعدة حیث تقدم دعوی ان مقتضاها حساب التالف بالإنکار علی المقر له فقط.

(۱) حاصل الدعوی ان المراد بما لا یملک فی قوله علیه السّلام و لا یجوز بیع ما لا یملک بعض القریة المفروضة فی السؤال و البعض المزبور کان بیعه من بیع مال الغیر و بتعبیر آخر لا یتصور فی قسم الأراضی ما لا یکون قابلا للملک شرعا فإن الأراضی الموقوفة أو المفتوحة عنوة أو المیتة کلها مملوکة حتی مع عدم جواز بیعها و قوله علیه السّلام و وجب الشراء من البائع فیما یملک ناظر الی حکم مورد السؤال الذی فرض فیه کون بعض المبیع غیر مملوک للبائع بل مملوک للآخرین فالتعدی إلی حکم المقام یحتاج الی عدم احتمال الفرق فی الحکم بین المسئلتین و لا مجال لمنع المصنف (ره) و التزامه بإطلاق الصحیحة و شمولها للمقام کما لا یخفی.

نعم خطاب حل البیع و صحته یعم المقام حیث ان البیع بالإضافة الی ما یقبل الملک داخل فی ذلک الخطاب.

و لکن ربما یناقش فی صحة البیع بالإضافة الی ما یقبل الملک ایضا بوجهین:

أحدهما- ان ما قصد بیعه هو لمجموع بإزاء مجموع الثمن و بیع ما یقبل الملک بإزاء بعض الثمن غیر مقصود مستقلا و انما المقصود بیعه فی ضمن بیع المجموع.

و هذه المناقشة ضعیفة جدا لما ذکرنا سابقا من ان البیع الواقع علی المجموع فی أمثال المقام ینحل بالإضافة الی اجزاء الصفقة غایة الأمر یکون تمام البیع بالإضافة الی کل من جزئی الصفقة شرطا فی بیع جزئها الآخر و لذا یثبت فی صورة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱۴

....

الجهل بالحال خیار تبعض الصفقة.

و بهذا یظهر ان قیاس بطلان البیع بالإضافة إلی مجموع الصفقة ببطلان الشرط بلا وجه فان فساد الشرط ایضا کما سیأتی إنشاء اللّه تعالی فی محله لا یوجب فساد البیع و ان البیع لا ینحل بالإضافة إلی شرطه بخلاف اجزاء المبیع کما ذکرنا.

و ثانیهما انه و ان ینحل البیع المتعلق بالمجموع الی بیع اجزائه الا- ان دلیل حل البیع و لزومه لا یمکن ان یعم ما یقبل الملک لان بیع ذلک الجزء بإزاء بعض الثمن غرری حیث لا یعلم حال البیع مقدار الثمن الواقع بإزائه.

و الحاصل لو أمکن التعدی من صحیحة الصفار بدعوی عدم احتمال الفرق بین المسئلتین فهو و الا لزم الحکم ببطلان البیع بالإضافة الی ما یقبل الملک ایضا.

و الجواب انه لا يعتبر العلم بمقدار الثمن فى البيوع الانحلالية بل يكفى فى خروج البيع عن كونه غرريا معلومية مجموع الثمن الواقع بإزاء مجموع المبيع بلا فرق بين صورة بطلان البيع بالإضافة الى بعض البيوع الانحلالية و عدمه و بلا فرق بين جهل المتبايعين أو أحدهما ببطلان بعض تلك البيوع و عدمه لان العلم بالبطلان و عدم الإمضاء شرعا لا يمنع من قصد مبادلة المجموع بالمجموع و لو كان المعلومية فى البيوع الانحلالية معتبرة لزم الحكم ببطلان البيع فى غالب موارد الانحلال لجهل المشترى بل البائع غالبا بمقدار الثمن فى كل واحد من تلك البيوع الانحلالية حال إنشاء البيع المتعلق بالمجموع فى مقابل المجموع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۱۵

مع انه لو تم ما ذكر (۱)

و قد يقال انه لا يكون الغرر حال البيع موجبا لفساده فيما إذا ارتفع حال التسليم و فى المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك و ما لا يقبله و ملاحظة النسبة بينهما.

و فيه انه لا يمكن الالتزام بذلك فان ظاهر النهى عن بيع الغرر ان البيع فيما إذا كان فى إنشائه متصفا بكونه غررا فهو محكوم بالفساد و لذا لا يمكن الالتزام فيما إذا باع صبرة مجهول المقدار ثم يكال قبل التسليم الى المشترى.

و ما يقال من ان الغرر غير الجهل بالمقدار و فى المقام ليس فى البيع غرر بل مقدار الثمن مجهول و الدليل على كون الجهالة فى الثمن أو فى المثمن موجبة لبطلان البيع هو الإجماع و من الظاهر انه ليس فى المسألة إجماع لذهاب جل الأصحاب إلى صحة البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك.

و فيه ان كان المراد بعدم الغرر فى البيع معلومية مجموع الثمن بإزاء الصفقة الجارية عليها البيع فهو و ان كان صحيحا الا انه كما الغرر منتف كذلك الجهالة فى ذلك الثمن أيضا منتفية و اما الجهالة فى البيوع المتعددة المنحلة و الغرر فيها لا يضر بالبيع لا فى المقام و لا فى غيره فلا وجه لدعوى ان الغرر غير الجهالة كما لا يخفى.

(۱) يعنى لو تم ان المشترى مع علمه بالحال لا يمكن ان يقصد شراء تمام الصفقة بإزاء مجموع الثمن لزم الالتزام بان قصده فى الحقيقة تعلق بشراء ما يملك بإزاء تمام ذلك الثمن لان مع اقدامه على ضمان الصفقة بإزاء تمام الثمن مع علمه بان بعض الصفقة لا يدخل فى هذا الضمان فى الحقيقة اقدام على ضمان ما يدخل فى هذا الضمان بإزائه كما صرح بذلك الشهيد (ره) فى حواشى القواعد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۲، ص: ۵۱۶

بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما (۱).

و ما ذكر (ره) فى تلك الحواشى يناسب ما ذكروا فى بيع مال الغير من العالم بالحال من انه لا يرجع بالثمن لانه سلط البائع على ذلك الثمن مجانا فإنه على ذلك يكون المشترى العالم بالحال فى المقام مسلطا للبائع على تمام الثمن اما فى مقابل المملوک فقط أو بعضه فى مقابل ما يقبل الملك و بعضه مجانا.

(۱) و هذا هو الصحيح فإنه فى مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه كما إذا بيع الخمر بعنوانه فلا بد فى تقويمه من تقويمه خمرا و اما إذا بيع بعنوان ما يقبل الملك كعنوان الخل مثلا فلا بد من تقويمه خلا و هذا مقتضى بذل الثمن و جعله فى المبادلة بإزائه كما لا يخفى.

هذا كله فيما إذا كان ما لا يقبل الملك شرعا مالا عرفا و اما إذا لم يكن مالا عرفا كما إذا باع الشاة مع الوزغ صفقة بثمن فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاة و الوزغ لعدم قيمة للوزغ عرفا و الأمر يدور بين ان يكون تمام الثمن بإزاء الشاة فهذا خلاف مقصود

المتعاقدین و بین ان یکون البیع فاسدا حتی بالإضافة إلی الشاة و هذا هو المتعین باعتبار عدم طریق إلی معرفة الثمن بل لکون أصل البیع غرریا لان عنوان البیع لا یحصل بالإضافة إلی الوزغ حتی بنظر العرف و بالإضافة إلی الشاة غرری إلی هنا انتهی الجزء الثانی من مباحث البیع بقلم مؤلفه أقل العباد جواد بن علی عفی عنهما و یتلوه الجزء الثالث إنشاء اللّه تعالی اللهم أنفع به إخوانی أرباب الفضل و عشاق العلم و اجعله ذخر الیوم فقری و فاقتی آمین یا رب العالمین.

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

[الجزء الثالث]

اشارة

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

[تتمة کتاب البیع]

[تتمة شروط المتعاقدین]

[تتمة بیع الفضولی]

[أولیاء التصرف]

[یجوز للأب و الجد ان یتصرفا فی مال الطفل]

یجوز للأب و الجد ان یتصرفا (۱)

---

(۱) یجوز للأب و الجد یعنی أب الأب التصرف فی مال الطفل بالبیع و الشراء و غیرهما من التصرفات و ولایتهما علی الطفل بالإضافة إلی ماله و نکاحه فی الجملة مما لا اشکال فیه و یشهد لذلک الروایات الواردة فی موارد متفرقة مثل ما ورد فی وصیة الأب بالمضاربة بمال الطفل کحسنة محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه (ع) انه سئل عن رجل اوصی الی رجل بولده و بمال لهم و اذن له عند الوصیة ان یعمل بالمال و یکون الربح بینه و بینهم فقال لا بأس به من أجل ان أباه قد اذن له فی ذلک و هو حی «۱».
فإن ظاهر التعلیل ثبوت الولایة للأب بالإضافة الی مال الطفل و قریب منها غیرها و ما ورد من ان الوالد یجوز له الرجوع فیما وهبه لولده إلا إذا کان الولد صغیرا کصحیحة علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام قال سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها قال إذا کان الأب تصدق بها علی ولد صغیر فإنها

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۹۲) من الوصایا الحدیث (۱)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۴

....

جائزة لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا و إذا كان الولد كبيرا فلا يجوز له حتى يقبض «۱» حيث ان ظاهرها ولاية الأب على مال الطفل الصغير و ما ورد فى ولاية الأب و الجد على نكاح الصغير و الصغيرة حيث ان ثبوت الولاية لهما فى النكاح و لكونه من الفروج اولى بالاحتياط يقتضى ثبوتها لهما فى التصرفات المالية التى أمرها أهون من النكاح اللهم الا ان يقال مجرد ثبوت الولاية لهما فى النكاح لا يقتضى ثبوتها لهما فى التصرفات المالية لاحتمال الخصوصية فى النكاح و لذا تثبت فى النكاح الولاية لهما على نكاح الباكرة الرشيدة و لا يمكن الالتزام بولايتهما فى التصرفات فى أموالها.

و يظهر من المصنف ره الاستدلال على ولاية الأب و الجد بمال الطفل بما ورد فى جواز أخذ الوالد من مال ولده «۲» و لكن لا يخفى ان جواز أخذه مال ابنه للإنفاق على نفسه و دفع اضطراره لا يقتضى ثبوت الولاية له بالإضافة الى مال ولده كيف و مورد كثير من الروايات المشار إليها الأخذ من مال الولد الكبير مع انه ليس للوالد ولاية على ولده الكبير كما يظهر من صحيحة على بن جعفر المتقدمة و غيرها مع ان عدم الولاية مقتضى الأصل.

و بهذا يظهر الحال فيما ورد فى جواز تقويم الأب جارية الابن و البنت على نفسه و وطيها بالملك كصحيحة الحسن بن محبوب قال كتبت الى ابى الحسن الرضا (ع) انى كنت وهبت لابنة لى جارية حيث زوجتها فلم تزل عندها فى بيت زوجها حتى

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۵) أحكام الهبات الحديث (۵)

(۲) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷۸) أبواب ما يكتسب به

....

مات زوجها فرجعت الى هى و الجارية أ فيحل لى ان أطأ الجارية قال قومها قيمة عادلة و اشهد على ذلك ثم ان شئت فطأها «۱» فان ظاهرها جواز تملك جارية البنت البالغة و هذا غير الولاية بالتصرفات فى مال الصغير.

و كيف كان فلا ينبغى الريب و الكلام فى أصل ثبوت الولاية للأب و الجد على الطفل فى ماله.

و انما الكلام يقع فى جهات الاولى- فى اعتبار العدالة فى ولايتهما الثانية- اشتراط تصرفهما بالصلاح للطفل أو باشتراط عدم المفسدة عليه أو عدم اعتبار شيء الثالثة- ان الأب مع الجد فى مرتبة واحدة فى الولاية و ان مع فقد الأب يكون الجد القريب مع أبيه فى مرتبة واحدة أيضا أو انه لا ولاية للجد البعيد مع القريب.

أما الأولى- فالمنسوب الى المشهور عدم اعتبار العدالة و المحكى عن الوسيلة و الإيضاح اعتبارها و ذكر المصنف ره فى وجه عدم الاعتبار، الأصل و الإطلاقات و فحوى الإجماع المذكور فى التذكرة على ولاية الأب الفاسق فى- النكاح، حيث ان مع ثبوت الولاية فيه للفاسق يكون ثبوتها له فى التصرفات المالية أولى.

أقول اما الأصل فإن وصلت النوبة إليه فمقتضاه الاعتبار لما ذكرنا سابقا من انه إذا كان الحكم المجعول انحلاليا يكون ثبوت الحكم لو أجد القيد متيقنا و ثبوت فرد آخر من الحكم لفاقده مشكوكا و مقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم الآخر و عدم ثبوته سواء كان الحكم من قبيل التكليف كما إذا علم بتحريم اللعب بآلات القمار

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷۹) من أبواب ما يكتسب به الحديث (۱)

....

و دار الأمر بین ان یکون متعلق التحریم خصوص اللعب بها مع الرهن أو اللعب بها سواء کان فی البین رهن أم لا ـ فان مقتضی الاستصحاب عدم جعل الحرمة للمشکوک و لا مجال فی مثل المقام لاستصحاب عدم أخذ خصوصیة العوض فی متعلق الحرمة فإن استصحاب عدم أخذها فیه لا ـ یثبت ان المتعلق هو اللعب بها مطلقا أو کان من قبیل الوضع کما فی المقام فإنه قد علم ان الشارع قد جعل الولایة للأب و الجد بنحو الانحلال و استصحاب عدم أخذ خصوصیة العدالة فی الموضوع لا یثبت ان الموضوع مطلق و یکون جعل الولایة للعادل متیقنا و بالإضافة الفاسق مشکوکا فالأصل عدم جعل الولایة للثانی.

اما الأخذ بالإطلاق فهو صحیح فإنه لم یقید ما دل علی ولایة الأب و الجد فی النکاح بصورة عدالتهما کما انه لم یقید الحکم فی صحیحة محمد بن مسلم و صحیحة علی بن جعفر المتقدمین بما إذا کان الأب عادلا.

و اما دعوی الإجماع فی التذکرة أو غیرها علی عدم اعتبار عدالة الأب و الجد فی النکاح فلا یعتبر عدالتهما فی غیره بالفحوی فقد ذکرنا ثبوت الإطلاق فی الروایات الدالة علی ولایتهما فی النکاح و معه یکون الإجماع مدرکیا حیث ان مدرک اتفاقهم هو الإطلاق المزبور و لو لم یکن هذا قطعیا فلا ـ أقل من احتماله و مع الاحتمال لا ـ یحرز الإجماع التعبدی فضلا عن التعدی الی غیر النکاح بالفحوی مع انا ذکرنا ما فی الفحوی المزبور فلا نعید.

و قیل فی وجه اعتبار العدالة ان الولایة فی مورد الکلام هی علی القاصر من الطفل أو المجنون المتصل جنونه بحال صغره و القاصر لا یتمکن علی دفع الضرر عن نفسه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷

....

و صرف التلف و الفساد عن ماله و یستحیل فی حکمة الصانع و لطفه ان یجعل الولایة بنفسه و ماله للفاسق فان جعل الولایة له عبارة عن اتخاذه أمینا علی أمواله بحیث یکون إقراراته و إخباراته نافذة علی المولی علیه مع ان الشارع لم یجعل الامانة للفاسق کما یدل علیه قوله سبحانه وَ لٰا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّکُمُ النّٰارُ.

أقول لو تم هذا الوجه لکان مقیدا للإطلاق المتقدم و لکن أورد المصنف ره علیه تبعا لجامع المقاصد ان فی دلالة الآیة علی حکم المقام تأملا و انه لا محذور فی ان یجعل الشارع الولایة للأب الفاسق أو الجد الفاسق فإنه متی ظهر عند الحاکم بقرائن الأحوال نظیر ضعف جسم الطفل و نحافته أو یری جده مثلا یصرف علی نفسه سرفا مع عدم تملکه المال خیانة أب الطفل أو جده عزله عن الولایة و منعه عن التصرف فی أموال الطفل و وضع یده علیها و ما لم یظهر الخیانة فولایته ثابتة.

و ان لم یعلم انه کیف یعامل مع الطفل و أمواله اجتهد بتتبع القرائن و شواهد الأحوال و لعل وجه التأمل عنده (قده) فی دلالة الآیة علی حکم المقام هو ان المراد بالرکون الی الظالم الدخول فی أعوانه و جعل الظالم ولیا علی نفسه حیث ان هذا فی نفسه أمر محرم کما یفصح عن قوله سبحانه فی ذیل الآیة فَتَمَسَّکُمُ النّٰارُ و القرینة علی کون المراد من الرکون ذلک ما ذکر بعد ذلک و ما لکم من دون اللّه أولیاء ثم لا تنصرون و لذلک لم یلتزم أحد فیما نعلم باعتبار العدالة فی الوکیل أو العامل فی المضاربة أو المستعیر أو الودعی و نحو ذلک مع ان فی جمیع ذلک رکون من الموکل و المضارب و المالک الی الوکیل و العامل و المستعیر و الودعی.

و قد یورد علی الاستدلال بالآیة بوجه آخر و هو ان الکلام فی المقام فی الولایة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۸

....

الشرعیة للأب و الجد الفاسقین بالإضافة الی مال الطفل و هذه الولایة علی تقدیر ثبوتها لهما رکون من الشارع إلیهما لا من العباد لیدخل فی المنهی عنه فی الآیة.

لا- یقال إذا کان الرکون الی الفاسق من العباد قبیحا و ذا مفسدة یکون من الشارع ایضا کذلک خصوصا بملاحظة قوله سبحانه لِمَ تَقُولُونَ مٰا لٰا تَفْعَلُونَ فإنه یقال لا منافاة بین قبح فعل من العباد و عدم قبحه من اللّه سبحانه الا تری ان قتل العباد و إتلاف أموالهم أمر قبیح و محرم مع ان اللّه سبحانه یَتَوَفَّی الْأَنْفُسَ حِینَ مَوْتِهٰا و ینزل البلاء من الزلازل و الطوفان علی قوم و یدمرهم من بکرة أبیهم الی غیر ذلک.

و قوله سبحانه لِمَ تَقُولُونَ مٰا لٰا تَفْعَلُونَ خطاب متوجه الی العباد و لا یعم اللّه سبحانه و بتعبیر آخر انه قد یستقل العقل بقبح فعل مطلقا أو بخصوص الحکیم کالظلم و إغراء الناس بالجهل و مثله لا یصدر عن اللّه سبحانه و قد لا یستقل کما فی بعض الأفعال التی منع الشرع العباد عنها و فی مثله لا طریق لنا إلی إحراز المفسدة فیما إذا صدر عن الشارع.

و قد یقال ان نظر صاحب الإیضاح بنص القرآن إلی آیة النبأ الرادعة عن الاعتماد علی خبر الفاسق فإن الولایة للأب و الجد لازمها قبول اقراراتهما و أخبارهما بالتصرفات فی مال الطفل فیکون ما دل علی ثبوت الولایة لهما بإطلاقه مقتضیا لقبول اخبار الأب و الجد الفاسقین و آیة النبأ بإطلاقها یمنع عن قبول أخبارهما فیقدم إطلاق الآیة لعدم اعتبار الخبر مع معارضته للکتاب العزیز و لا أقل من تساقط الإطلاقین فلا تثبت الولایة لهما مع کونهما فاسقین.

و قد یجاب عن ذلک بعدم الإطلاق فی آیة النبأ بالإضافة إلی مثل المقام حیث

عزله و منعه عن التصرف فی ماله (۱)

ان ظاهرها و لو بملاحظة التعلیل الوارد فیها عدم جواز الاعتماد علی خبر الفاسق فی الوقائع المهمة التی بکون العمل فیها بالخبر مع عدم مطابقته للواقع موجبا لفساد مهم و ندامة عامة کالاخبار بارتداد قوم بنی المصطلق.

و لکن لا یخفی ان مورد نزولها کانت واقعة مهمة و الا فالآیة حکم انحلالی کسائر الإطلاقات و تعلیل لزوم التبین بإصابة القوم لرعایة مورد النزول و الا فالمعیار الندامة علی مخالفة الواقع و فوته. و الصحیح فی الجواب ان قبول إخبار ذی الید و الولی بالتصرفات فیما بیده أو بولایته مما جرت السیرة العقلائیة من دون نظر الی کونهما عادلین و الردع عما جرت علیه سیرتهم یحتاج إلی النهی عنه بخصوصه و لا یصح بالعموم فضلا عن الإطلاق و قد ذکرنا تفصیل ذلک فی بحث عدم کون الآیات الناهیة عن اتباع غیر العلم رادعة عن العمل باخبار الثقات.

بقی فی المقام أمر و هو ما عن النائینی و الإیروانی (قدس سرهما) من ان اعتبار العدالة فی الولی بناء علی القول به لیس من قبیل اعتبارها فی الشاهد و القاضی و امام الجماعة و مرجع التقلید بل اعتبارها طریقی لإحراز وقوع التصرف الصحیح فی مال الطفل و لو تصرف الأب الفاسق أو الجد کذلک فی مال الطفل مع المصلحة فیحکم بصحته.

أقول لا مجال للالتزام باعتبارها طریقا مع الاستناد فی اعتبارها إلی النهی عن الرکون الی الظالم أو ان الفاسق کالکافر لا یصلح لإعطاء الولایة نعم لو استند فی اعتبارها إلی آیة النبأ لکان الالتزام باعتبارها طریقیا وجیها.

(۱) لا یخفی ان الولایة الثابتة للأب و الجد ولایة من الشارع و لا دلیل علی

و هل یشترط فی تصرفه المصلحة (۱)

نفوذ إلغاء الحاكم و عزله نعم بما ان التحفظ على مال الطفل و الدفع عن نفسه مع عدم الولى أو خيانته داخل فى الأمور الحسبية فعلى الحاكم منع ولى الطفل عن التصرف فى ماله فيما أحرز خيانته حفظا عن فساده و تلفه.

و بتعبير آخر لا ولاية للأب أو الجد فى مال الطفل بالإضافة إلى التصرف الفسادى.

ثم انه لا ملزم لاستعلامه الحال مع عدم علمه بالإفساد بعد كون تصرفات الولى محمولة شرعا على الصحة تكليفا و وضعا.

(۱) هذه هى الجهة الثانية و قد يستظهر من الروايات الواردة فى جواز أخذ الأب من مال ولده و جواز تقويم جاريته عدم اعتبار الصلاح للطفل بل و عدم اعتبار عدم الفساد ايضا و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه (ع) قال سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه قال يأكل منه ما شاء من غير سرف و قال فى كتاب على (ع) ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئا و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء و له ان يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن قد وقع عليها و ذكر ان رسول اللّه (ص) قال لرجل أنت و مالك لأبيك و موثقة سعيد بن يسار قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) أ يحج الرجل من مال ابنه و هو صغير قال نعم قلت يحج حجة الإسلام و ينفق منه قال نعم بالمعروف ثم قال يحج منه و ينفق منه ان مال الولد للوالد و ليس للولد ان يأخذ من مال والده إلا باذنه و فى رواية محمد بن سنان ان علة تحليل مال الولد لوالده ان الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ إِنٰاثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ الذُّكُورَ و كان التعليل مقتضاه ان يكون مال الطفل موهوبا لوالده بحيث يحسب ماله مالا لوالده و حيث ان المالك مسلط على ماله و يجوز له التصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۱

....

فيه ما لم يكن فيه سرف و تبذير يكون الوالد بالإضافة الى مال ولده كذلك.

و ربما يقال ان آية لٰا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا لا يقتضى اعتبار العدالة فى الأب و الجد باعتبار ان ولايتهما لا يكون من قبيل ركون الشارع أو غيره الى الظالم بل ولايتهما باعتبار كون المال لهما كما يقال باستظهار ولايتهما كذلك من قوله (ص) أنت و مالك لأبيك و لو بمعونة رواية عبيدة بن زرارة عن أبى عبد اللّه (ع) قال انى لذات يوم عند زياد بن عبد اللّه إذ جاء رجل يستعدى على أبيه فقال أصلح اللّه الأمير ان ابى زوج ابنتى بغير اذنى فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فيما يقول هذا الرجل فقالوا نكاحه باطل قال ثم اقبل على فقال ما تقول يا أبا عبد اللّه فلما سألنى أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم أ ليس فيما تروون أنتم عن رسول اللّه (ص) ان رجلا جاء يستعديه على أبيه فى مثل هذا فقال له رسول اللّه (ص) أنت و مالك لأبيك قالوا بلى فقلت لهم فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه قال فأخذه بقولهم و ترك قولى.

أقول ظاهر الروايات المتقدمة و غيرها مما يوافقها كون مال الولد لوالده و لازم ذلك ان يكون المال الواحد لمالكين مستقلين و حمل كون مال الولد لوالده على ولاية الوالد مع كونه بلا قرينة لازمه ولاية الوالد على ولده الكبير ايضا كما هو مورد بعض تلك الروايات و لا أظن الالتزام كذلك من أحد خصوصا بملاحظة التفصيل الوارد فى رواية صدقة الوالد لولده و هذه قرينة جلية على ان المراد بالمال فى مثل قوله (ص) أنت و مالك لأبيك ليس الملك الاعتبارى فإن الولد لا يكون مملوكا لوالده بهذا المعنى بلا خلاف و ريب بل المراد الملكية التكوينية بمعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۲

....

كون الأب منشأ لوجود الولد و ماله بحسب نظام الخلقة و هذا ليس من الحكم الشرعى بل يناسب ان يكون ملاكا للحكم الشرعى و

هو جواز أخذ الوالد من مال ولده بلا استيذان منه و لو كان الولد كبيرا.

و جواز الأخذ مقيد بصورة حاجة الأب و عدم إنفاق الولد بشهادة صحيحة عبد اللّه بن سنان قال سألته يعنى أبا عبد اللّه (ع) ما ذا يحل للوالد من مال ولده قال اما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له ان يأخذ من مال ولده شيئا و ان كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له ان يطأها الا ان يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه الحديث و فى حسنة الحسين بن العلاء قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف إذا اضطر اليه فقلت له فقول رسول اللّه (ص) للرجل الذى أتاه فقدم أباه فقال له أنت و مالك لأبيك فقال انما جاء بأبيه إلى النبى (ص) فقال يا رسول اللّه هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى من أمى فأخبره الأب انه قد أنفقه عليه و على نفسه و قال أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول اللّه يحبس الأب للابن فان المستفاد منهما تقييد جواز الأخذ بصورة حاجة الأب و عدم إنفاق الولد فيرفع بهما اليد عن بعض الإطلاقات المتقدمة بحمل ما شاء فى صحيحة محمد بن مسلم على عدم كونه زائدا على نفقته المعروفة.

و فى صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى جعفر (ع) ان رسول اللّه قال لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر (ع) ما أحب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه وَ اللّهُ لٰا يُحِبُّ الْفَسٰادَ و يحمل ما فى صحيحة سعيد بن يسار من حج الوالد و الإنفاق فيه من مال ولده على صورة تساوى نفقة حجه مع نفقة حضره كما يتفق ذلك كثيرا ممن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۳

ان المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة (۱) و قد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد (۲).

يكون منزله قريبا من مكة.

نعم يجوز للأب تقويم جارية الابن و البنت للروايات المتقدمة. و المتحصل انه لا يستفاد بملاحظة مجموع روايات الباب غير الحكم للأب بجواز أخذ مقدار نفقته من مال الولد من غير حاجة الى المراجعة إلى الحاكم أو والى المسلمين و جواز تقويمه جارية الولد و نفوذ نكاح الجد حتى مع عدم رضاء ابنه. و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج أحدهما و هوى أبوه الآخر أيهما أحق ان ينكح قال الذى هوى الجد أحق بالجارية لأنها و أباها للجد.

و اما رواية عبيد بن زرارة فلا دلالة لها على ان قول رسول اللّه (ص) أنت و مالك لأبيك ناظر إلى ولاية الجد و ذلك فإن ولاية الجد على نكاح البنت ثابتة فى الشرع و إنما استدل الامام (ع) على ولايته بالقول المزبور إلزاما على الحاضرين و لذا لم يذكر قوله (ص) فى سائر روايات الولاية نعم ذكر فى صحيحة على بن جعفر المتقدمة لأنها و أباها للجد و قد ذكرنا ان ذلك ملاك الحكم بتقديم ولاية الجد على ولاية الأب أضف الى ذلك ضعف الرواية سندا و عدم صلاحها للاعتماد عليها.

(۱) يعنى ان المتقدمين ذكروا ان الولى يجوز له كل تصرف يكون صلاحا للطفل من غير استثناء تصرفات الأب و الجد.

(۲) يعنى حكى عن الشهيد ره انه قال فى حواشيه على القواعد عن قطب الدين عن العلامة انه لو باع الولى بدون ثمن المثل يكون باطلا و اما إذ اقترض الولى ماله،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴

....

صح، مع ان الاقتراض إتلاف لعين مال الطفل و ربما لا يتمكن على أداء بدله.

و بتعبير آخر قد يكون اقتراض مال الطفل فساده فما وجه الفرق بين البيع بدون ثمن المثل و الاقتراض و توقف (ره) فى نفى البأس

بالبیع المزبور لانه لا یتمکن علی مخالفة الأصحاب حیث ان ظاهرهم عدم جوازه.

أقول لاـ یجوز الاقتراض ایضا فیما إذا لم یکن الولی ملیا بحیث یحتمل عدم تمکنه علی رده فان مثل صحیحة منصور بن حازم و ان تقتضی بإطلاقها جواز اقتراض الولی و لو مع احتماله عدم التمکن علی أداء بدله الا انه لا یمکن الأخذ بالإطلاق المزبور فی مقابل الآیة الناهیة عن القرب بمال الیتیم و المانعة عن الاقتراض المزبور و لو بإطلاقها.

نعم یرفع الید عن منع الاقتراض بالإضافة إلی جاریة الولد فان اقتراضها جائز و لو مع عدم کون الأب ملیا و آیة النهی لا یعم الأب و علی تقدیر شمولها کما إذا فرض یتم الطفل من ناحیة امه فیرفع الید عن عمومها أو إطلاقها لما تقرر فی محله من ان إطلاق الخاص أو المقید یقدم علی عموم العام أو إطلاق المطلق.

لا یقال کیف لا یجوز للولی اقتراض مال الطفل مع عدم کونه ملیا و فی روایة أحمد بن محمد بن ابی نصر قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یکون فی یده مال لأیتام فیحتاج الیه فیمد یده و یأخذه و ینوی أن یرده فقال لا ینبغی ان یأکل إلا القصد و لا یسرف فان کان من نیته ان لا یرد علیهم فهو بالمنزل الذی قال اللّه عز و جل إِنَّ الَّذِینَ یَأْکُلُونَ أَمْوالَ الْیَتامی ظُلْماً.

فإنه یقال جواز الاقتراض حتی مع احتمال عدم تمکنه علی الرد مقتضی إطلاقها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵

و لکن الأقوی کفایة عدم المفسدة (۱)

فیمنعه إطلاق الآیة الناهیة المتوجهة إلی الأولیاء هذا مع ضعف الروایة سندا بسهل ابن زیاد.

(۱) استدل علی کفایة عدم المفسدة مضافا الی الإطلاق فی الروایات الواردة فی موارد متفرقة بما ورد فی نکاح الجد و نفوذه فیما أراد الجد نکاح البنت من أحد و هوی أبوها نکاحها من آخر معللا بان البنت و أباها للجد فان مقتضی ذلک نفوذ تصرفات الجد ما لم تکن منافیة للولایة کما إذا کانت مفسدة للطفل و یرفع بذلک الید عن إطلاق الآیة أو عمومها لو فرض شمولها للجد، و کذا یدل علی اعتبار عدم الفساد قول رسول اللّه (ص) أنت و مالک لأبیک علی ما تقدم من استشهاد الامام علیه السلام به لنفوذ نکاح الجد و تقدیم نکاحه علی نکاح الأب فان فی الاستشهاد المزبور دلالة علی ولایة الجد بمال الطفل.

أقول قد تقدم عدم دلالة شیء مما ذکر علی المدعی فلا نعید نعم لا ینبغی الریب فی عدم جواز التصرف فیما إذا کان التصرف المزبور فسادا لمال الطفل لمنافاته لمقتضی الولایة المجعولة للولی و یمکن ان یقال عدم اعتبار کونه صلاحا لمثل موثقة عبید بن زرارة قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) الجاریة یرید أبوها أن یزوجها من رجل و یرید جدها ان یزوجها من رجل آخر فقال الجد اولی بذلک ما لم یکن مضارا ان لم یکن الأب زوجها قبله و یجوز علیها تزویج الأب و الجد.

و لکن فی التعدی عنها الی التصرف المالی تأمل مع ملاحظة الآیة الناهیة عن القرب بمال الیتیم إلا بالتی هی أحسن.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶

و لو فقد الأب و بقی الجد فهل أبوه و الجد (۱)

---

(۱) یعنی إذا فقد الأب فهل أب الأب یقوم مقام الأب و یشارک مع الجد البعید فی الولایة علی الطفل أو تختص الولایة بالجد القریب أی أب الأب مقتضی ما ورد من ان الشخص و ماله الذی منه مال ابنه لأبیه و من ان البنت و والدها للجد هی المشارکة فإن الولایة لو لم تختص بالجد الأعلی فلا أقل من تساویه الجد الأدنی نظیر ما تقدم فی ولایة الأب مع الجد و مقتضی آیة أولوا الأرحام بعضهم اولی ببعض هو الاختصاص لکون الجد الأدنی أولی بالمیت من الأعلی و الأولویة فی الآیة لیست بمعنی التفضیل لیکون القریب و البعید مشترکین فی الولایة بل بمعنی المجرد کما فی قول القائل فلان أحق بهذا الأمر من غیره.

و الحاصل المستفاد من الآية المباركة اختصاص الولاية بالجد الأدنى و يرفع اليد عن ذلك فى مورد اجتماع الأب و الجد فان اشتراكهما بل و اشتراك الجد البعيد أيضا فى فرض حياة الأب مقتضى الروايات التى تقدمت بعضها.

أقول لو تم ما ذكر من دلالة قول رسول اللّه (ص) أنت و مالك لأبيك و ان الولد و والده للجد على الولاية لكان شموله للجد الأعلى و الأدنى معا موجبا لرفع اليد عن إطلاق الآية و بتعبير آخر لا مجال للأخذ بإطلاق الآية مع تمام الوجه الأول المقتضى لاشتراك الجد الأعلى و الأدنى فى الولاية على الطفل بل الصحيح ان الآية لا دلالة لها على الولاية و إرثها بل هى ناظرة إلى إرث المال و لذا لم يلتزم أحد بثبوت الولاية على الطفل بحسب طبقات الإرث و العمدة فى ولاية الجد مع الأب ما ورد فى نفوذ نكاحهما كما ان الإطلاق فى بعض ما ورد فى نكاحهما يعم الجد الأعلى و لكن فى صورة حياة الأب و لا يبعد ان يقال انه لا يحتمل ثبوت الولاية للجد الأعلى مع حياة الأب و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۷

[ولاية الفقيه]

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات المستنبطة (۱)

ثبوتها مع وفاته خصوصا بملاحظة تعليل الحكم بان الجد أولى بالجارية لكونها و أباها للجد.

بقى فى المقام أمر و هو ان فى استفادة الولاية بمال الطفل للجد مما ورد فى ولاية الجد و الأب فى نكاح البنت اشكالا فان هذه الولاية ثابتة لهما فى النكاح حتى بالإضافة إلى البنت البالغة الباكرة على الأصح مع أنه لا يمكن التعدى الى مال الباكرة البالغة و عليه فيحتمل اختصاص هذا الحكم بالنكاح و لا يكون للجد مع الأب ولاية فى مال الطفل و يمكن دفعه بالتشبث بإطلاق الأب و الوالد و شمولهما للجد ايضا و فى صحيحة محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) انه قال فى الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذى يلى أمره فتدبر.

(۱) المسائل الفرعية و هى القضايا المتكفلة للأحكام التكليفية التى تتعلق بأفعال المكلفين أو الوضعية المجعولة لموضوعاتها يرجع فى معرفتها الى الفقيه و كذا فى الموضوعات المستنبطة الشرعية كالعبادات بل العرفية حيث يرجع فيها ايضا الى الفقيه فى جهة سعتها و ضيقها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها فيرجع مثلا فى ان حرمة الغناء فيها سعة تعم الكلام الحق أو تختص بما إذا كان فى كلام باطل.

و الحاصل ان للفقيه مناصب ثلاثة: الأول- جواز الإفتاء فى المسائل الفرعية.

الثانى- جواز القضاء بين الناس و مورد القضاء المرافعات بل و غيرها- فى الجملة- و فى معتبرة سالم بن مكرم قال قال أبو عبد اللّه (ع) إياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى أهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۸

و الولاية تتصور على وجهين (۱)

فإنه قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه فإنها و ان تكون ناظرة إلى المرافعات الا ان التعليل مقتضاه الرجوع إليه فى جميع شئون القاضى كالحكم بثبوت رؤية الهلال و اما إثبات نفوذ الحكم الابتدائى عن الفقيه مطلقا فلا يستفاد منها نعم ربما يستفاد ذلك من مقبولة عمر بن حنظلة حيث ورد فيها الراد عليهم كالراد عليه (ع) الا انها للمناقشة فى سندها لا تصلح للاعتماد و قد تكلمنا فيها فى بحث القضاء مفصلا.

الثالث- ولايهٔ التصرف فى أموال و الأنفس على ما يأتى.

و ينبغى ان يعلم أن البحث فى ولايـهٔ الفقيه بمعنى نفوذ تصرفه فى مـال الغير أو فى وجـوب اتبـاع حكمه بحث فقهى حيث ان الأول كالبحث فى ولايـهٔ الأب و الجـد أو عـدول المؤمنين- الثانى كالبحث فى وجوب طاعـهٔ الوالدين و كل من النفوذ و وجوب الطاعهٔ فى المقام بمعنى كون أمر الفقيه بفعل أو نهيه عنه يكون من العناوين الثانويهٔ للأفعال كأمر الوالد و نهيه أم لا حكم شرعى فرعى.

و ولايهٔ النبى (ص) بالتصـرف فى أموال الناس و وجوب طاعته فيما إذا كان أمره أو نهيه بعنوان الولايهٔ على الرعيهٔ أيضا حكم شـرعى عملى و لكن بما ان معرفهٔ النبى (ص) و الامام (ع) و الاعتقاد بهما بما لهما من الشـئون مطلوب نفسـى أيضا فيكون البحث فى وجوب معرفتهمـا و الاعتقـاد بهمـا بمـا لهمـا من الشـئون من مسائل الكلام كيف و معرفـهٔ الأول و الاعتقاد به مقوم للإسـلام و معرفـهٔ الثانى و الاعتقاد به مقوم للايمان أى المذهب و مع ذلك شرط لصحهٔ الأعمال و لا أقل من كونه شرطا لقبولها.

و هذا الوجوب النفسى للمعرفهٔ و الاعتقاد لا يجرى فى غير النبى (ص) و الامام المعصوم كما لا يخفى.

(۱) الوجه الأول من الولايهٔ ان يجوز للحاكم الشرعى التصدى له سواء جاز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۹

مقتضى الأصل عدم ثبوت الولايهٔ لأحد (۱)

لغيره ايضـا ذلك التصـرف بإذنه أم لا و الثانى ما لا يكون للحاكم التصـدى لـذلك التصـرف مسـتقلا الا أنه يجوز للغير القيام به باذن الحـاكم فيكون اذنه شـرطا فى جواز ذلـك التصـرف للغير أو وجوبه عليه أو شـرطا للواجب و بين الوجهين من حيث المورد عموم من وجه فإنه ربما يجوز للحاكم التصدى كما يجوز لغيره القيام به باذنه كما فى التصـرف فى أموال القصـر و القيام بتجهيز ميت من تركته و لا ولى له و هذا مورد الاجتماع.

و ربمـا يجوز للحـاكم التصـدى و لا يجوز للغير القيـام به كنصب القيم و المتولى و نحوهمـا بنـاء على اعتبار المباشـرهٔ فى جعل هـذه المناصب.

و ربما يجوز للغير العمل باذن الحاكم و لكن لا يجوز للحاكم المباشـرهٔ اسـتقلالا كما فى إيصال السـهم المبارك بل سـهم السادهٔ الى مصارفهما فإنه لا يجوز للحاكم على قول الاسـتقلال فى الإيصال بقهره على المالك و أخذ المال من يده و يجوز للمالك الإيصال مع الاستيـذان و هـذا بالإضافـهٔ الى غير المالـك الممتنـع و امـا الممتنع فيجوز للحـاكم القهر عليه و التفصـيل فى بحث الخمس إنشـاء اللّه تعالى.

(۱) الأصل عـدم ثبوت الولايـهٔ بالإضافهٔ إلى أموال الناس و أنفسـهم لأحـد حيث ان هـذه الولايهٔ أمر جعلى اعتبارى مسبوق بالعدم و القائل بثبوتها للفقيه يمكن ان يتشبث بان هذه الولايهٔ كانت للنبى و الأئمهٔ عليهم السلام و قد أعطيت للفقيه ايضا من قبلهم.

فينبغى لنا التكلم فى مقامات ثلاثهٔ: الأول الولايهٔ التى كانت للنبى (ص) و الامام (ع) ما هى من حيث سعتها و ضيقها بحسب ما بأيدينا من الأدلهٔ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۰

....

الثانى هل أعطيت تلك الولايهٔ بتمامها للفقيه من قبل النبى (ص) أو الإمام عليه السلام أم لا.

الثـالث إذا لم تثبت تلـك الولايـهٔ للفقيه فهـل له ولايـهٔ بعض التصـرفات فى الأموال و الأنفس و ما هى حـدود ذلك البعض من حيث السعهٔ و الضيق.

اما الكلام فى المقام الأول فقد أشرنا ان الولاية المفروض فيها الكلام أمر اعتبارى فى مقابل الولاية التكوينية التى عبارة عن تأثير مشية النبى (ص) أو الإمام (ع) فى أمر كونى بمجردها أو مع فعل ما يكون ذلك التأثير من قبيل خرق العادة كإحياء عيسى على نبينا و آله و عليه الصلاة و السلام و تفجير موسى (ع) العيون بضرب عصاه الى غير ذلك.

و دعوى ان هذه الأمور تحصل بمشية اللّه و لم يكن صدورها عنهم كصدور سائر أفعالهم يكذبها ظاهر الكتاب المجيد قال اللّه سبحانه حكاية عن قول عيسى أَنِّى قَدْ جِئْتُكُمْ بِآيَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ أَنِّى أَخْلُقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ الآية- و ذكر كون هذه الأفعال باذن ربه لا- ينافى صدورها عنه (ع) حيث ان الاذن المزبور تكوينى و عبارة عن إعطاء اللّه جلا و علا القدرة عليها نظير قوله سبحانه مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ.

و ثبوت هذه الولاية التكوينية للأئمة عليهم السلام يظهر من الروايات المختلفة الواردة فى الحوادث المتفرقة و الشواهد التاريخية بحيث يحصل للمتتبع الجزم به.

و ربما يستدل فى ثبوتها لهم عليهم السلام بكونهم أفضل من أنبياء السلف و ان عليا (ع) كنفس النبى (ص) فكيف لا يثبت لهم عليهم السلام ما كان ثابتا للأنبياء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ٢١

....

و لكن الاستدلال مخدوش فان كونهم سلام اللّه عليهم أفضل ثبوت اكملية أنفسهم و شدة تقربهم اليه سبحانه و سعة علمهم لا ثبوت المعجزة بأيديهم حيث ان وجه الحاجة الى المعجزة يختص بالنبى (ص) و لا يجرى فى الخليفة و الوصى حيث يكون ذلك بتعيين النبى (ص) و نصبه كما لا يخفى.

و اما الاستدلال على ولايتهم التشريعى فبآيات منها قوله سبحانه النَّبِيُّ أَوْلى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ حيث يقال ان المستفاد من الآية المباركة ان كل تصرف اعتبارى يكون للمؤمن فيه ولاية بحيث يكون التصرف المزبور منه نافذا كبيع ماله و طلاق زوجته يكون للنبى (ص) ولاية عليه فيصح ما إذا باع على المالك أو أوقع طلاق زوجته أو وهب ماله الى غير ذلك.

كما يقال ان النبى (ص) بمنزلة نفس المؤمن بل اولى منه فيجوز للنبى (ص) ما يجوز للمؤمن من التصرفات سواء كان تلك التصرفات اعتبارية أو غيرها كانت متعلقة بمال المؤمن أو نفسه.

و قد يقال ان مفاد الآية المباركة لزوم طاعة النبى و ان على المؤمن أن يترك مشية نفسه فى مقابل مشية النبى و أمره. و بعبارة أخرى الأفعال التى ثبت فى الشرع كون زمامها بيد المؤمن و انه لا- إلزام عليه فيها من الشرع بحيث يكون فيها داعى المؤمن إلى الفعل أو الترك نفسه يلزم عليه الأخذ بإرادة النبى و أمره و يترك دعوة نفسه.

و الحاصل أن أمر النبى و نهيه بما هو شارع و مخبر عن اللّه سبحانه غير أمره بما هو ولى الأمر على المؤمنين و مقتضى الآية وجوب طاعته بالإضافة إلى القسم الثانى أيضا من أمره.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ٢٢

....

أقول اما دعوى كون النبى (ص) بمنزلة نفس المؤمن بل هو اولى منه فيجوز له ما يجوز للمؤمن من الأفعال فهذا مما لا يمكن الالتزام به فان من الأفعال ما يجوز للمؤمن باعتبار كون داخلا- فى العنوان الذى حكم الشرع بجوازه لمن ينطبق عليه ذلك العنوان كجواز الاستمتاع من الزوجة فيجوز الفعل للنبى أيضا فيما إذا دخل فى ذلك العنوان و هذا من حكم الشرع يشترك فيه النبى و أمته و اما إذا

لم يدخل في ذلك العنوان فلا يجوز له كما لا يجوز لغيره و الأحكام المختصة بالنبي (ص) في الشرع معدود و معروف.

و ما قيل من أنه يجوز كل تصرف للنبي (ص) في نفس الغير و ماله و لكن من جهة الأسباب الشرعية المقررة لجواز تلك الأفعال مثلا يجوز له الاستمتاع بزوجة الغير بعد طلاقها و نكاحها بعد انقضاء عدتها فمرجعه الى ولايته على التصرفات الاعتبارية فقط كما لا يخفى. و كذا دعوى كونه (ص) اولى بالتصرفات الاعتبارية التي يجوز للمؤمن أو الحقوق الثابتة له من حق القصاص و حق أخذ الدية و المطالبة بالدين فإنه لا أظن لأحد الالتزام بأن للنبي القصاص إذا تركه ولي الميت و لم يطالب به أو أبر المديون عن دينه مع مطالبة الدائن.

و قد ورد في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال أمير المؤمنين (ع) إذا حضر سلطان من سلطان اللّه جنازة فهو أحق بالصلاة عليها ان قدمه ولي الميت و الا فهو غاصب «۱» نعم التصرفات العامة أو الخاصة المعبر عنهما بالأمور الحسبية و التي يرجع فيها كل قوم إلى رؤسائهم على ما يأتي يكون بيد النبي (ص)

---

(۱) الوسائل الجزء (۲) الباب (۲۳) من أبواب صلاة الجنازة الحديث (۴)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۳

و اما العقل القطعي (۱)

و الامام (ع) لكون النبي (ص) و الامام (ع) من بعده ولي الأمر و هذه الأمور من شئون ولي الأمر كما يستفاد ذلك ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و غيرهما و يقتضيه أيضا ما يأتي في بيان الأمور الحسبية.

و اما الاستدلال على ولايته (ص) على التصرف على أموال الناس بقوله (ص) في قضية سمرة بن جندب للأنصاري اذهب فاقلعها و ارم بها وجهه فلا يمكن المساعدة عليه حيث لا دلالة في الحديث على عدم ضمان الأنصاري النخلة التي قلعها و انما يدل على جواز قلعها و يمكن ان يكون الوجه في جوازه ان حرمة إتلاف مال الغير مع وجوب التحفظ على العرض في الفرض كانا متزاحمين و بما ان وجوب التحفظ على العرض لو لم يكن أهم من حرمة الإتلاف بالقلع فلا ريب في عدم كون حرمة الإتلاف أهم فيجوز في مقام التزاحم رعاية التحفظ على العرض.

و الحاصل ان ما ذكر (ص) لسمرة لا يخرج عن بيان الحكم الشرعي و لذا عنون في الوسائل الباب بان من كانت له نخلة في حائط الغير و فيه عياله فأبى أن يستأذن و ان يبيعها جاز قلعها و دفعها اليه و لو كان الحكم الولاية في المال لكان الأنسب تمليك النخلة من الأنصاري تحفظا على ضياع المال و التعليل بنفي الضرر راجع الى المنع عن الدخول بلا استيذان كما لا يخفى.

(۱) و المستقبل ما يستقل به العقل مع قطع النظر عن حكم الشرع بخلاف العقل غير المستقل فإنه يكون بتبع حكم الشرع.

و تقرير الأول في المقام ان الامام (ع) منعم أي ولي النعمة فإنه ببركة وجوده تنزل السماء مطرها و تسكن الأرض لسكانها و تجرى الشمس و القمر بحسبانهما و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۴

....

كان كل ذلك بمشيته العلى القدير إجلالهم صلوات اللّه عليهم و إذا كان الامام منعما فيجب معرفته و طاعته لأن في مخالفته و ترك معرفته احتمال الضرر كما ذكر ذلك في معرفة اللّه و رسوله و وجوب طاعتهما.

و اما غير المستقل فإنه وجب في الشرع اطاعة الوالدين و إذا اقتضت الأبوة وجوب طاعة الأب على ابنه في الجملة أي في غير الموارد

التى يكون طاعته فيها معصية للّه سبحانه كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية باعتبار ان حقها أعظم من حق الأبوة.

و لكن لا يخفى ان الوجهين من حكم العقل على تقدير عدم المناقشة فى الثانى بأنه من القياس الظنى و فى الأول بأن احتمال الضرر فى ترك معرفة الامام و طاعته كاف لا حاجة الى إثبات كونه ولى النعم كما ذكر مقتضاهما وجوب طاعة الامام على الرعية لا نفوذ تصرفاته فى أموال الناس كما لم يكن هذه الولاية للوالد على مال ابنه على ما تقدم.

و لا_ يخفى أيضا ان وجوب طاعة الوالد على الولد غير ثابت بل الثابت حرمة عقوق الوالدين فقط فلا بأس بتركها فيما إذا لم يكن ترك طاعة الوالد إيذاءه و تألمه كما إذا ترك طاعتة فى مورد لا يعلم الوالد بذلك.

و المتحصل إلى هنا ان الواجب على الرعية اطاعة الرسول و الأئمة عليهم السلام فى أوامرهم و نواهيهم سواء كان الأمر و النهى من قبيل الحكم الشخصى أو الحكم العام بالإضافة إلى عامة المسلمين أو طائفة منهم و حتى الأمر و النهى من المنصوب من قبلهم عليهم السلام كالوالى و الحاكم فيما إذا لم يكن الأمر و النهى من الوالى أو الحاكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۵

بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة (۱)

مخالفا على موازين الأحكام الثابتة فى الشرع حيث لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق و المنصوبين من قبلهم عليهم السلام داخل فى عنوان أولوا الأمر فى الآية المباركة. و ما ورد فى تفسيرها من ان المراد منهم هم الأئمة عليهم السلام لا_ ينافى ذلك فإن طاعة المنصوب من الرسول (ص) و الامام (ع) طاعة للنبى و الامام.

ثم ان ترك طاعة النبى أو الإمام (ع) ان كان بعنوان الخروج عليهم فذلك موجب لسقوط احترام نفس الخارج سواء كان الخروج للعناد و النصب للإمام (ع) أو لغير ذلك من الدواعى كما يظهر ذلك بملاحظة الحوادث الواقعة فى زمان النبى (ص) و خلافة على (ع) غاية الأمر إذا كان الخروج للنصب و العداوة فهو موجب للكفر أيضا و إذا كان بداع آخر غير النصب فكونه موجبا للكفر غير ثابت.

نعم إذا قتل فى الحرب مع الإمام أو المنصوب من قبله لا يجب تجهيزه كما يشهد لذلك ملاحظة الغزوات الحوادث الواقعة فى زمان خلافة على (ع).

و التمسك فى إثبات كفر هم بعموم ما دل على تجهيز كل ميت مسلم بدعوى ان أصالة عمومه بضميمة العلم بعدم وجوبه فى قتلى الخوارج و غيرهم يكشف عن كفرهم لا يمكن المساعدة عليه لما تقرر فى محله من انه لا اعتبار بالعموم فيما إذا أحرز خروج الشىء عن حكم العام و دار الأمر بين ان يكون الخروج بنحو التخصص أو التخصيص.

و اما إذا كان ترك الطاعة كترك طاعة اللّه و لمجرد الاحتراز عن كلفة التكليف يكون ذلك من مجرد المعصية نظير المعصية فى تكاليف الشرع.

(۱) المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معين المعبر عنها بالأمور الحسبية هى التى علم من الشرع العمل بها و عدم جواز تركها و ان التكليف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۶

أما الولاية على الوجه الأول (۱)

بها لم يتوجه الى الشخص معين و لا تكون من الواجب الكفائى لتكون مطلوبة على كل أحد كالتصرف فى أموال القصر من الذين ليس لهم أولياء و الموقوفات العامة التى لم يعين المتولى لها من قبل الواقفين أو قام الدليل على كونها بيد ولى أمر المسلمين و

الحاکمین کإقامة الحدود و التعزیرات و التصدیق لجمیع الحقوق الشـرعیة و صرفها لمواردها و التصدی لتنظیم أمر جوامع المسلمین و بلادهم.

و لـو فرض الشـک فی اعتبـار الرجوع فلاـ بـد من الاحتیـاط و الرجوع الی اذن الامـام (ع) و لاـ یمکن التمسـک بإطلاـق دلیـل ذلک التصـرف سـواء کـان علی الجواز أو المنع کمـا لاـ یمکن الرجوع الی أصالـة البـراءة عن الاعتبـار لأـن المفروض تمکن المکلف علی الرجوع الیه (ع) و مع إمکـان الفحص عن المخصـص أو المقیـد لا یمکن التمسک بالإطلاق أو العموم فضـلا عن الأصل العملی. و ما ربما یظهر من عبارة المصنف (ره) من اختصاص عدم الجواز بالأصول العملیة فیه ما لا یخفی.

(۱) یقع الکلاـم فی المقام فی ان الولاـیـة الثابتـة للنبی و الأئمـة علیهم السـلام تثبت للفقیه العادل فی زمان الغیبـة أم لا فقـد یقال نعم و یستدل علیه بروایات واردة؟؟؟

العلمـاء منها عن الصـدوق (ره) فی عیون الاخبار عن الرضا من آبائه علیهم السـلام قال قال رسول اللّه (ص) اللهم ارحم خلفائی ثلاث مرات فقیل له یا رسول اللّه و من خلفائک قال الذین یأتون من بعدی و یروون عنی أحادیثی و سنتی فیعلمونها الناس من بعدی و رواه فی معـانی الاخبار عن أبیه عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن الیعقوبی عن عیسـی بن عبـد اللّه العلوی عن أبیه عن جـده عن علی مثله.

و فی المستدرک عن صحیفة الرضا بإسناده عن آبائه علیهم السلام قال قال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷

....

رسول اللّه (ص) اللهم ارحم خلفـائی ثلاث مرات قیل له یا رسول اللّه و من خلفائک قال الـذین یأتون من بعـدی و یروون أحادیثی و سنتی و یعلمونها للناس من بعدی.

و عن القطب الراوندی فی کتاب لب اللباب عن النبی (ص) قال رحمة اللّه علی خلفائی قالوا و من خلفائک قال الذین یحیون سـنتی و یعلمونها عباد اللّه و من یحضره الموت و هو یطلب العلم لیحیی به الإسلام فبینه و بین الأنبیاء درجة.

و عن السـید هبة اللّه نقلا عن الأربعین لقطب الراوندی عن أمیر المؤمنین عن النبی (ص) قال أدلکم علی الخلفاء من أمتی و أصـحابی و من الأنبیـاء قبلی هم حملـة القرآن و الأحـادیث عنی و عنهم فی اللّه و اللّه عز و جـل و من خرج یوما فی طلب العلم فله أجر سـبعین نبیا.

أقول هذه الروایة و ان کانت علی نقل العیون و معانی الأخبار مسـندة الا انه فی سـندها ضعف لان سند العیون هو اسناد إسباغ الوضوء و سـند معـانی الأخبـار فیه عیسـی بن عبـد اللّه العلوی عن أبیه مع انه لم یعلم ان الیعقوبی هو داود بن علی الهاشـمی و المنقولاـت فی المستند مرسلات.

و دعوی ان هذه الروایة لکثرة طرقها لا یخرج عن بعض المراسـیل التی یعمل بها الأصحاب کمراسیل ابن ابی عمیر لا یمکن المساعدة علیها أو لا فان المراسـیل لا یعمل بها حتی مراسـیل ابن ابی عمیر و ثانیا علی تقدیر العمل بمراسـیل ابن ابی عمیر فهو لشـهادة الشیخ و غیره بأنه لا یرسل الا عن ثقـة و مع الغمض عن أمر السـند فـدلالتها علی الولایـة للعلماء بالمعنی المتقـدم ممنوعة فإن النبی (ص) و ان کان له منصب زعامة الدینیة بمعنی بیان أحکام الشرع و منصب الزعامة الدنیویة بمعنی کونه زعیما للمسلمین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸

....

بالمعنی المتقدم الا ان هـذه الروایـة و أمثالها ناظرة إلی الخلافـة أی مرتبـة من الزعامـة الدینیة بمعنی نشـر الأحکام و إبلاغها للناس و یشهد لذلک ما فی ذیلها من قوله یروون أحادیثی و یعلمونها للناس و أجر التعلیم.

و دعوی کون ذلک من باب المعرف للولی حیث ان المعروف و المتیقن من معنی الخلافـة هی الزعامـة الدنیویـة لا یمکن المساعـدة علیها فإنه قـد عطف فی بعض النقل علی الأمة أصـحابه و من الظاهر انه لم یکن لأصـحابه ولایة علی المؤمنین بالمعنی المزبور لیکون العلماء من غیرهم أیضا خلفاء بالمعنی المزبور.

و منها روایة علی بن أبی حمزة قال أبا الحسن (ع) موسی بن جعفر یقول إذا مات المؤمن بکت علیه الملائکة و بقاع الأرض التی یعبد اللّه علیها و أبواب السـماء التی کان یصـعد فیها بأعماله و ثلم فی الإسـلام ثلمـة لا یسدها شـیء لأن المؤمنین الفقهاء حصون الإسـلام کحصن سور المدینة لها «۱» و هذه الروایة ضعیفة فی سندها و دلالتها.

اما سـندها فـان علی بن أبی حمزة کـذاب متهم کمـا عن ابن فضـال و معه لا عبرة بوقوعه فی سـند کامل الزیارات أو تفسـیر علی بن إبراهیم حیث ان وقوعه فی سـندهما لا یزیـد عن التصـریح بتوثیقه الـذی یسـقط عن الاعتبار بالمعارضة و کذا الحال فی توثیق الشـیخ (ره) فی کتـاب العـدة و قال لأجل ذلک عمل الطائفـة باخباره فإنه مع معارضـته ما عن ابن فضال و غیره لا یمکن الاعتماد علیه مع ان المتبع فی کلمات الأصحاب لا یجد موارد العمل بروایته فیما إذا انفرد.

و ما عن ابن الغضائری فی ترجمة ابنه الحسن من أن أباه أوثق منه لا یوجب توثیقه

---

(۱) أصول الکافی ج ۱ باب فقد العلماء ص ۳۸ الحدیث (۳).

....

لان الکتاب المزبور لم یثبت انه لحسـین بن عبید اللّه الغضائری أو ابنه لأن النجاشی لم یذکر أن لشیخه کتاب الرجال مع انه اعرف بحـاله و کتـابه موضوع لـذکر کتب مشـایخه و غیرهم کمـا انه لم یـذکر ذلک الشـیخ أو غیره من أصـحاب الرجال و من المحتمل ان یکون الکتاب المزبور وضعه بعض المخالفین و نسبه الی ابن الغضائری.

هذا أولا:

و ثانیـا انه ذکر فی الکتاب المزبور فی ابنه الحسن أنه ضـعیف و أبوه أوثق منه فیکون ظاهر الکلام المزبور ان ابنه الحسن أضـعف من أبیه.

و اما ضـعف الدلالة فإن کون الفقهاء حصونا للإسـلام فمقتضاه کونهم رادعین عن التحریف و التأویل فی أحکام الشـرع فإن الإسـلام فی نفسه عبارة عن الأحکام و القوانین المجعولـة من الشـرع و الرئاسـة العامـة و ثبوت الولایـة له کولایـة الرسول (ص) و الامام (ع) لا یستفاد منها بوجه کما لا یخفی.

و منها معتبرة السـکونی عن ابی عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) الفقهاء أمناء الرسل ما لم یدخل فی الدنیا قیل یا رسول اللّه و ما دخولهم فی الدنیا قال اتباع السلطان فإذا فعلوا ذلک فاحذروهم علی دینکم «۱» فإنه قد یقال انه یستفاد منها ان العلماء أمناء الرسل فی جمیع الشـئون المتعلقـة بهم صـلی اللّه علیهم أجمعین و أوضـحها الزعامـة علی الأمـة و لیس شأن رسول اللّه ذکر الأحکام فقط لیکون الفقیه أمینا فیه فقط.

و فیه ان الأمین یطلق علی حافظ الشیء لیرده علی صاحبه أو من یأمر صاحبه برده الیه

---

(۱) أصول الكافى ج ۱ باب المستأكل بعلمه و المباهى به الحديث (۵).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۳۰

....

و هذا بالإضافة إلى الأحكام الشرعية ظاهر فان حافظ الأحكام العالمين بها كلا أو بعضا و إبلاغها و تعليم الجاهلين بها و المستفسرين من وظيفة العلماء.

و اما الزعامة العامة فعلى تقدير ثبوتها لجميع الرسل فليس حفظها من وظيفة العلماء فقط بل كل المسلمين مكلفة بالتحفظ لها و عدم وصولها إلى أيدى الخونة و الجائرين و إقرارها لمن قرر الشارع لخلفائه من بعده و كذا الحال بالإضافة إلى بسط العدالة الاجتماعية.

و بعبارة أخرى الحديث ناظر الى كون العلماء حافظا للشرع من التلف و عدم وصولها إلى عامة الناس و المستفسرين عنها كما يشهد بذلك ما فى ذيله فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم و منها التوقيع المروى عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد ابن يعقوب عن إسحاق بن يعقوب قال سألت محمد بن عثمان العمرى ان يوصل لى كتابا قد سألت عن مسائل أشكلت على فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (ع) أما ما سألت عنه أرشدك الله و ثبتك الى ان قال و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجتى عليكم و أنا حجة اللّه و أما محمد بن عثمان العمرى فرضى اللّه عنه و عن أبيه من قبل فإنه ثقتى و كتابه كتابى «۱».

و هذا التوقيع ضعيف من جهة سنده بإسحاق بن يعقوب حيث انه مجهول و فى جهة دلالته حيث ان المراد بالحوادث غير ظاهر فإنها وردت فى الكلام المنقول عن الامام (ع) مسبوقا بالسؤال الذى لم يصل إلينا فلعل كان فى السؤال قرينة على إرادة

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۱۱) من أبواب وجوب الرجوع الى رواة الحديث الحديث (۹)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۳۱

....

الاستفسار عن الوقائع التى يحتاج فيها الى الحاكم لرفع الخصومة و فصل النزاع فيكون التوقيع مساوقا لما دل على وجوب إرجاع المنازعات الى رواة الأصحاب و لا ينافى ذلك ما ذكره المصنف (ره) من القرائن على عدم ارادة وجوب تعلم الأحكام و هى ان الأمر بالرجوع فى نفس الحوادث لا فى أحكامها و ان تعليله (ع) وجوب الرجوع إليهم بأنه حجته عليهم و انه (ع) حجة اللّه مقتضاه التولية و إعطاء الولاية للرواة و لو كان المراد تعلم الأحكام الشرعية لكان التعليل بأنهم حجج اللّه عليكم أنسب و ان تعلم الأحكام الشرعية من الرواة من ضروريات الإسلام من السلف الى الخلف فلا مورد لسؤال مثل إسحاق بن يعقوب عنه و جعله من المسائل المشكلة عليه هذا.

مع انه كما ذكرنا لم يظهر حال إسحاق بن يعقوب ليقال انه يبعد سؤاله عن طريق تعلم الأحكام الشرعية و جعله من المسائل المشكلة عليه كيف و قد وقع السؤال عن طريق تعلمها و ممن يؤخذ معالمها فى غير واحد من الروايات.

أضف الى ذلك ان تعليل الإرجاع إلى رواة الحديث بأن الرواة حجته (ع) عليهم و الامام (ع) حجة اللّه لا يقتضى ان يكون الحديث ناظرا إلى الولاية العامة بل يمكن ان يكون ناظرا الى القضاء و تعلم الأحكام فان الحجة ما يحتج به فالإمام (ع) يحتج بما ذكر للرواة و الرواة بما ذكر و العامة الناس و التفرقة الواردة فى الرواية يمكن ان يكون بهذا الاعتبار و الا فكل من الولاية و الاعتبار على تقديرهما ثابت بأصل الشرع.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال على ولاية الفقيه بما ذكر فى مقبولة عمر بن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۳۲

....

حنظلة من قوله (ع) فإنه قد جعلته حاكما فإنه لا يستفاد منه الا ثبوت منصب القضاء و الحكم للفقيه و قد يستدل على ثبوت الولاية العامة للفقيه برواية إسحاق بن عمار عن ابى عبد اللّه (ع) قال قال أمير المؤمنين (ع) لشريح يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى «۱».

و وجه الاستدلال ان منصب القضاء ثابت للفقيه و إذا لم يكن الفقيه شقيا و نبيا يكون وصيا لا محالة و مقتضى كونه وصيا ثبوت الولاية له و لكن لا يمكن المساعدة على الاستدلال المزبور لما تقرر فى الأصول انه إذا علم عدم ثبوت حكم العام لفرد و شك فى كونه بنحو التخصيص أو التخصص فلا اعتبار بأصالة العموم أو الإطلاق و الحصر المزبور فى الرواية مقتضاه عدم جواز القضاء لغير النبى و الوصى و قد علم بجواز القضاء للفقيه العادل و يدور الأمر بين كونه بنحو تخصيص المفهوم أو التخصص فلا يمكن إثبات كونه بنحو و دخول الفقيه فى عنوان الوصى.

أضف الى ذلك انه لا طريق لنا إلى إثبات ان كل الأنبياء كان لهم الولاية العامة فضلا عن وصيهم و الرواية المزبورة و ان كانت ضعيفة سندا الا انه بمضمونها صحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه (ع) قال اتقوا الحكومة فإن الحكومة انما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى «۲» نبى و لكن فى نسخة كنبى و على تلك النسخة فلا دلالة فيها على الحصر.

و المتحصل لو كانت للرواية المزبورة أو الصحيحة دلالة فهى عدم جواز القضاء و الحكم لغير النبى أو الوصى و الفقيه العادل كما لا يخفى.

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۳) من أبواب صفات القاضى الحديث (۲)

(۲) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۳) من أبواب صفات القاضى الحديث (۳)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۳۳

....

و منها ما عن تحف العقول مجارى الأمور و الأحكام بيد العلماء «۱» حيث ظاهره التشريع أى فليكن مجارى الأمور و الأحكام بيد العلماء.

و بتعبير آخر الأحكام غير الأمور و كون الثانى عطفا تفسيريا للأول خلاف الظاهر فيكون مقتضى الحديث ان الولاية و حق التصدى للأمور و الأحكام بيد العلماء.

أقول لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث الأمور و الأحكام بيد العلماء إذ لا حاجة الى إضافة المجارى ليحتاج فى معناها الى التكلف بل ظاهر الحديث بملاحظة ما قبله و بعده بأن أمور اللّه و مناصبه التى وقعت بأيدى غير أهلها مجاريها بيد العلماء بمعنى انهم لو أظهروا الحق و لم يتفرقوا عنه و لم يختلفوا فى السنة بعد البينة لكانت جارية فى مجراها و كان المتصدى لها أهلها المقرر لها فى السنة.

هذا مع ضعف الرواية سندا و منها مرسلة التحرير عن رسول اللّه (ص) علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل «۲» و فيه ان الكلام المزبور بيان فضيلة العلماء و مقامهم عند اللّه لا تشريع الولاية الثابتة للأنبياء للعلماء مع ان ثبوت الولاية كما تقدم لكل واحد من أنبياء بنى إسرائيل غير ظاهر و ان إرساله و لو مع تمام ظهوره يمنع عن الاعتماد عليه.

و منها قوله (ع) فی نهج البلاغة أولی الناس بالأنبیاء أعلمهم بما جاؤا به ان اولی الناس بإبراهیم للذین اتبعوه الآیة.

---

(۱) المستدرک الجزء الثالث الباب (۱۱) الحدیث (۱۷)

(۲) المستدرک الجزء الثالث ص ۱۸۹ الحدیث (۳۰)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴

....

أقول الظاهر ان المراد بأولی الناس أقربهم منزلة إلی الأنبیاء کما هو المراد من قوله سبحانه أَوْلَی النّاسِ بِإِبْراهِیمَ الایة و لو کان المراد التصدی بمناصب الأنبیاء لکان مقتضاه ثبوت الولایة للأئمة علیهم السلام حیث انهم سلام اللّه علیهم اعلم الناس بحسب العصور و بما جاء به الأنبیاء و فی ذیل الکلام المزبور ان ولی محمد (ص) من أطاع اللّه و ان بعدت لحمته و ان عدو محمد بن عصی اللّه و ان قربت قرابته.

و منها صحیحة القداح عن ابی عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) من سلک طریقا یطلب فیه علما سلک اللّه به طریقا إلی الجنة و أن الملائکة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به و انه یستغفر لطالب العلم من فی السماء و من فی الأرض حتی الحوت فی البحر و فضل العالم علی العابد کفضل القمر علی سائر النجوم لیلة البدر و ان العلماء ورثة الأنبیاء ان الأنبیاء لم یورثوا دینارا و لا درهما و لکن ورثوا العلم فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر «۱» و وجه الاستدلال ان کون العلماء ورثة الأنبیاء مقتضاه وقوع ما ترک الأنبیاء بیدهم سواء کان علما و أحادیث أو الولایة علی الأمة.

لا یقال ظاهر الروایة انحصار ترکة الأنبیاء بالعلم و الحدیث بمعنی ان شأن النبی ان یکون ترکته علما لا مالا.

فإنه یقال لا دلالة للروایة علی الانحصار و التصریح بالعلم فی الروایة باعتبار کونها واردة فی مقام الترغیب الیه لا یقال لم یعلم ان الولایة علی الأمة مما ترکها الأنبیاء حتی یرثها العلماء فإنه یقال یشهد لکون الولایة مما ترکها قوله (ع) و أری تراثی نهبا.

---

(۱) أصول الکافی ج ۱ باب ثواب العالم و المتعلم الحدیث ۱.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵

....

أقول لو سلم ان الولایة داخلة فیما ترکه الأنبیاء فلا یستفاد من الروایة کیفیة إرثها و أنها تنتقل الی کل من العلماء أو أنها تختص بأعلمهم کاختصاص إرث الحبوة بالولد الأکبر و بتعبیر آخر ظاهر الروایة ان کلا من العلماء یرث النبی (ص) و اما مقدار إرثه و کیفیة إرثه فلا یستفاد منها فمن المحتمل اختصاص الولایة بأعلمهم کما ذکرنا ذلک فی بیان قوله (ع) اولی الناس بالأنبیاء أعلمهم بما جاؤا به فتکون الولایة منتقلة إلی أئمة الاطهار حیث انهم سلام اللّه علیهم اعلم الرعیة فی کل عصر.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی روایة أبی البختری عن ابی عبد اللّه (ع) قال ان العلماء ورثة الأنبیاء و ذلک ان الأنبیاء لم یورثوا درهما و لا دینارا و انما أورثوا أحادیث من أحادیثهم فمن أخذ بشیء منها فقد أخذ حظا وافرا «۱» و التقریب ما تقدم من ان انحصار ترکتهم بالأحادیث إضافی و الجواب أیضا ما ذکر.

أضف الیه ضعف هذه الروایة سندا فتحصل انه لا دلالة فی هذه الاخبار علی ثبوت الولایة الثابتة للنبی و الأئمة علیهم السلام للفقیه لا فی زمان حضورهم و لا فی زمن الغیبة.

ان قلت کیف یصح القول بأن النبی (ص) و الأئمة علیهم السلام لم یتعرضوا للزعامة فی زمان الغیبة و ان یترکوا المؤمنین حیاری مع ان الدین الإسلامی متکفل لاحکام غیر العبادات و المعاملات من السیاسات التی یکون الغرض منها تنظیم الأمور الاجتماعیة للمسلمین و بسط العدالة الإسلامیة فی بقاع الأرض.

فإنه یقال عدم استفادة الولایة العامة للفقهاء من الروایات المتقدمة لا یوجب

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۸) من أبواب صفات القاضی الحدیث (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۳۶

....

ذلک حیث یمکن ان یکون عدم التعرض للوظیفة فی ذلک الزمان لعدم حاجة الناس فی عصرهم الی بیانه علیهم السلام و انه کان أنسب لرعایة التقیة التی کانوا یعیشون حالها و إیکال الأمر و تشخیص الوظیفة إلی فقهاء زمان الغیبة حیث یتمکنون ببرکة القواعد الشرعیة و الخطابات العامة علی کیفیة تنظیم الأمور الاجتماعیة و تعیین الوظیفة فیها.

و علی ذلک فینبغی الکلام فی موضعین- الأول ما إذا تصدی أمر المسلمین من لیس أهلا له کما فی غالب بلاد المسلمین فی عصرنا الحاضر الثانی- ما إذا أراد التصدی لأمور المسلمین من یکون صالحا للتصدی لتنظیم أمور هم و رعایة مصالحهم اما المقام الأول فما لا ینبغی الریب فیه ان الشارع لا یرضی بتصدی الظالم الفاسق لأمور المسلمین لا سیما إذا کان ذلک الظالم آلة بید الکفار فی تضعیف الإسلام و أهل الایمان و ترویج الفسق و الفجور لیلحق المسلمین و لو تدریجا برکب الکفار فی رسومهم و عاداتهم و هدم ما أتعب النبی (ص) و الأئمة علیهم السلام و الصالحین و الشهداء من المسلمین فی تشیید أرکان الدین و تطبیق أحکامه علی نظم بلادهم.

و الحاصل نهی الشارع عن الرکون الی الظالم و الأمر بالاعتصام بحبل اللّه و الأمر بالکفر علی الطاغوت و أولیاء الشیطان و الأخذ بولایة اللّه سبحانه و رسوله و تمکین الناس من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و غیر ذلک شاهد صدق بان علی المسلمین قطع أیدی الظلمة عن المؤمنین و بلادهم مع التمکن علیه حیث انه لو أمکن ذلک بالمقدمات التی غیر محرمة فی نفسها فهو و اما إذا توقف ذلک علی ارتکاب محرم فی نفسه فلا بد من ملاحظة الأهمیة بین المتزاحمین و لا ریب فی ان الظالم المزبور

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۳۷

....

إذا کان بصدد هدم الحوزة الإسلامیة و إذلال المؤمنین و ترویج الکفر و تسلط الکفار علی المسلمین و بلادهم یکون علی المسلمین أخذ القدرة من یده و إیکالها الی الصالح فإنه أهم و لو مع توقفه علی بعض المحرمات بعنوانه الاولی حتی القتال مع العلم بالظفر و الاطمئنان بأخذ القدرة من یده کل ذلک تحفظا علی الحوزة الإسلامیة و دفاعا عن المسلمین و اعراضهم و بلادهم من دنس الکفر و الضلال و الفساد هذا کله بحسب الکبری، و اما بحسب الصغری فإن أحرز فقیه حال الظالم و انه بصدد إذلال المسلمین و تسلیط الکفار علیهم و علی بلادهم و الصدمة علی أعراضهم و أموالهم و حکم بحکم علی طبق إحرازه فنفوذ حکمه و ان کان مبنیا علی نفوذ الحکم الابتدائی للفقیه العادل الا انه إذا اعتقد الناس به و حصل لهم الجزم بصحة إحرازه و لو مع القرائن یثبت الحکم المتقدم.

و لا یخفی ان ما ورد فی بعض الاخبار من الأمر بإلزام البیت و الصبر الی خروج السفیانی و غیره من العلامات الخروج القائم (ع) لا ینافی ما ذکرنا فان المراد من تلک الروایات أمر الناس بعدم الاستجابة لمن یدعو من أهل بیت النبی (ص) الخلافة لنفسه و ان الأئمة علیهم السلام لا یتصدون لأمر الخلافة و الوصایة للنبی (ص) الی ذلک الزمان و من یدعو الناس الی الخروج انما یرید الخروج لنفسه

لا للإمام (ع) و ان لخروجه وقتا محدودا لا بد من انتظاره و اما قضية الدفاع عن الحوزة الإسلامية فى زمان الغيبة و التصدى للأمور العامة للمسلمين تحفظا على أعراضهم و أموالهم و تمكين الناس من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و إسقاط الفسقة و الفجرة عن القدرة و إيكالها على من هو صالح للتصدى لها حسبة من غير ان يدعى المتصدى الوصاية و الخلافة لنفسه فليس فيها نظر الى ذلك فلاحظها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۳۸

....

و يزيد وضوحا كون تلك الروايات غير ناظرة إلى صورة الهجوم على الحوزة الإسلامية معتبرة يونس عن ابى الحسن الرضا (ع) قال قلت له جعلت فداك ان رجلا من مواليك بلغه ان رجلا يعطى السيف و الفرس فى سبيل اللّه فأتاه فأخذهما منه و هو جاهل بوجه السبيل ثم لقيه أصحابه فأخبروه ان السبيل مع هؤلاء لا يجوز و أمروه بردهما فقال فليفعل قال قد طلب الرجل فلم يجده و قيل له قد شخص الرجل قال فليرابط و لا يقاتل قال ففى مثل قزوين و الديلم و عسقلان و ما أشبه هذه الثغور فقال نعم فقال له يجاهد قال لا الا ان يخاف على ذرارى المسلمين فقال أ رأيتك ان الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغى لهم ان يمنعوهم قال فليرابط و لا يقاتل و ان خاف على بيضة الإسلام و المسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه و ليس للسلطان قال قلت فان جاء العدو الى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع قال يقاتل عن بيضة الإسلام لا عن هؤلاء لأن فى دروس إسلام دروس دين محمد (ص) «۱» و ظاهرها كما ترى عدم البأس بالقتال مع من يكون استيلائه على المسلمين و بلاده موجبا لضعف الإسلام و انهدام معالمه.

بلا فرق بين زمان الحضور و الغيبة كما لا يخفى.

الموضع الثانى- فنقول لا ينبغى الريب فى ان تهيئة الأمن للمؤمنين بحيث يكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار و الكفار من أهم مصالحهم و المعلوم وجوب المحافظة عليها و ان ذلك مطلوب للشارع فان تصدى شخص صالح لذلك بحيث يعلم برضاء الشارع بتصديه كما إذا كان فقيها عادلا بصيرا أو شخصا صالحا كذلك مأذونا من الفقيه العادل فلا يجوز للغير تضعيفه و التصدى لإسقاطه عن القدرة حيث ان

---

(۱) فروع الكافى الجزء (۳) ص ۲۱

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۳۹

....

تضعيفه إضرار للمؤمنين و نقض للغرض المطلوب للشارع بل يجب على الآخرين مساعدته و تمكينه فى تحصيل مهمته و من المساعدة عليه التبرع فى الجيش الذى يمهده لحفظه الثغور و الدخول فى القوى التى أو كل إليهم حفظ الأمن الداخل المأخوذ على عاتق الناس حسبة و يشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على المال الوقف الذى لا متولى له فإنه لا يجوز للغير ممانعته و تهيئة المقدمة لوضع يد نفسه عليها غاية الأمر ان وجه عدم الجواز فى الثانى حرمة التصرف فى تلك الأموال و فى الأول لكونه تضعيفا لحوزة المسلمين و إخلالا لأمر انتظام بلادهم و أمنهم كما لا يخفى.

ثم انه إذا وقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاة حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن و نظام البلاد وجب إيصالها اليه مع احتياجه و مطالبته بها بل لو طالب المال تبرعا فى صورة احتياجه وجب على الناس الاستجابة كل ذلك تمكينا للمتصدى من المال اللازم لتهيئة أمن البلاد و تأمين الحوائج العامة التى تصدى لتأمينها كما ان للمتصدى تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضى

المباحة و وضع الید علی الغابات و نحوها و یکون کل هذه الأموال ملکا للحکومة الإسلامیة نظیر ملک المال للعناوین و لا یدخل فی ملک شخص المتصدی غایة الأمر یکون للمتصدی الولایة فی التصرف فی تلک الأموال لیصرفها فی الموارد التی یتوقف علیه نظام البلاد و تأمین حوائج أهلها.

و لا یبعد أیضا أن یقال بوجوب اطاعة المتصدی المزبور فی الأمور الراجعة إلی الجهات التی أشرنا إلیها أخذا بقوله سبحانه أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۴۰

....

و ما ورد فی تفسیره من ان المراد بأولی الأمر الأئمة علیهم السلام لا ینافی ذلک حیث ان ذلک لنفی ولایة ولاة الجور و أنهم علیهم السلام هم أولوا الأمر لا المشار إلیهم.

و لا یخفی ان کل تصرف لا یخرج عن حدود التحفظ علی حوزة الإسلام و المسلمین نافذ من المتصدی لأمور المسلمین فیما إذا کان مقتضی الأدلة الأولیة جوازه کتهیئة مراکز الثقافة لنشر العلوم و بسط الرفاه الاجتماعی و ان کل تصرف یکون مقتضی الأدلة عدم جوازه کالتصرف فی بعض أموال آحاد الناس و أخذه قهرا علیهم و أمثال ذلک فلا یدخل فی ولایة المتصدی حتی فیما إذا اعتقد المتصدی أو وکلائه جوازه لبعض الوجوه الا فیما أشرنا إلیه سابقا کما یجوز لسائر الفقهاء التصدی لبعض الأمور الحسبیة فیما إذا لم یکن التصدی لها مزاحمة و تضعیفا لمرکز المتصدی للزعامة کنصب القیم للیتیم و التصدی لتجهیز میت لاولی له و نحو ذلک و اللّه سبحانه هو العالم.

ثم ان من الأمور التی یقوم بها الفقیه کما أشرنا سابقا اجراء الحدود و التعزیرات فإنه کما ذکرنا سابقا انه لا یجوز لکل أحد إقامتها علی ما یستفاد من بعض الروایات بل یظهر منها ان ذلک للإمام کحسنة الحسین بن أبی العلاء «۱» و المراد من الامام من الیه الحکم سواء کان المعصوم (ع) أو نائبه الخاص أو الفقیه الذی یصح له الحکم کما یدل علیه معتبرة حفص بن غیاث قال سألت أبا عبد اللّه (ع) من یقیم الحدود السلطان أو

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۱۷) الحدیث (۲).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۴۱

....

القاضی فقال اقامة الحدود الی من الیه الحکم «۱».

و یؤیده مثل روایة علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (ع) قال سألته عن یهودی أو نصرانی أو مجوسی أخذ زانیا أو شارب خمر ما علیه فقال یقال یقام علیه حدود المسلمین إذا فعلوا ذلک فی مصر من أمصار المسلمین أو فی غیر أمصار المسلمین إذا رفعوا الی حکام المسلمین «۲».

و اما الالتزام بعدم تصدی لإجراء الحدود و التعزیرات لغیر الامام (ع) بما فی دعائم الإسلام و الأشعثیات عن الصادق (ع) عن آبائه عن علی (ع) لا یصلح الحکم و لا الحدود و لا الجمعة إلا بإمام فلا یمکن المساعدة علیه فإنه أولا لم یظهر المراد من الامام انه المعصوم (ع) فقط بل المراد منه یعم الفقیه العادل بقرینة نفوذ حکمه و ثانیا ان روایة دعائم الإسلام لإرساله لا یمکن الاعتماد علیه.

و اما الأشعثیات التی بأیدینا و أخذ الروایة منها لم یعلم أنه کتاب محمد بن محمد بن الأشعث الذی وثقه الشیخ النجاشی و قال له

كتاب الحج المذكور فيه ما روته العامة عن جعفر بن محمد عليهما السلام فى الحج إذ ما بأيدينا مشتمل على أكثر أبواب الفقه.

و كذلك لم يعلم ان ما بأيدينا ما ذكر الشيخ النجاشى و الشيخ الطوسى فى ترجمة إسماعيل بن موسى بن جعفر عليهم السلام ان له كتبا يرويها عن أبيه عن آبائه منها كتاب الطهارة إلى آخر ما ذكراه حيث لم يظهر أن ما بأيدينا هى تلك الكتب مع ان الموجود بأيدينا يختلف عن تلك الكتب و من المحتمل ان تلك الكتب لم تصل حتى الى

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۲۸) الحديث (۱).

(۲) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۲۹) الحديث (۱).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۲

نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما (۱) ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات (۲)

الشيخ الطوسى ره و لذا لم يذكر فى كتابيه عنه رواية.

(۱) بأن يستنبط الفقيه المطالب بالزكاة أو الخمس من الأدلة الشرعية اعتبار دفعهما الى الفقيه و انه لا يصح دفعهما بدون ذلك مطلقا أو بعد مطالبة الفقيه فإن العامى إذا أحرز تعين تقليده ابتداء كما إذا كان اعلم من الآخرين أو تخييرا كما إذا كان فى رتبة الآخرين يجب إيصالهما اليه مطلقا أو بعد اختياره و هذا فى غير مورد الكلام فان مورده ولاية الفقيه و ان أمر الفقيه و حكمه نافذ كحكم الامام (ع) مع قطع النظر عن إفتائه.

(۲) يعنى مقتضى التوقيع وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثة و العمل فيها إلى الرواة سواء كانت الواقعة من الأمور الحسبية أو غيرها من موارد القضاء و نحوها كما ان ما ورد من ان كل معروف صدقة «۱» مقتضاه مشروعية العمل بالمعروف و جواز استقلال كل أحد به سواء كان من الأمور الحسبية أو من المستحبات و الواجبات الكفائية و بعد سقوط إطلاقهما فى مورد اجتماعهما و هى الأمور الحسبية و نحوها يرجع الى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف بل لا يبعد حكومة مثل التوقيع على مثل العموم المزبور فإنه لا يكون الاستقلال مع إيجاب الرجوع فيها إلى الرواة من المعروف ليعمه كل معروف صدقة و كذا لا يكون الاستقلال عونا للضعيف بل عونه هو الرجوع فى أمره الى الحاكم.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۱) الباب (۱) من أبواب فعل المعروف الحديث (۲).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۳

ثم انه قد اشتهر فى الألسن و تداول فى بعض الكتب (۱)

أقول العامى الذى يحتمل فى الواقعة اعتبار الرجوع فيها الى الفقيه لا يجوز له الاستقلال بمباشرته بها حيث يجب عليه فى الشبهة الحكمية الاحتياط أو التقليد ممن يتعين عليه الرجوع إليه فى الوقائع و إذا رجع الى الفقيه احتياطا أو تقليدا فعلى الفقيه ملاحظة الأدلة فى تلك الواقعة فإن كان مقتضاها عدم جواز العمل أو عدم ثبوت الولاية لا له و لا لغيره يعمل على مقتضى تلك الأدلة كما إذا رأى انه ليس له و لا لغيره الولاية على تزويج الصغير و الصغيرة. و ان كان مقتضى الأدلة جواز المباشرة أو جواز التوكيل كالتصرف فى مال اليتيم يعمل على ما ظهر له حتى لو ظهر منها جواز تصدى العامى للواقعة فله الإفتاء بذلك.

ثم الأمور الحسبية التى يكون مقتضى الأدلة فيها عدم الجواز كالتصرف فى مال الغائب أو القاصرين يكون مباشرة الفقيه أو توكيله هو المقدار المتيقن من الجواز فيؤخذ فى غير ذلك بإطلاق النهى أو عمومه و مقتضاه عدم كون التصرف المزبور معروفا أو عونا

للضعيف بل يكون ظلما و تعديا عليه كما لا يخفى.

و اما الأمور التى يكون مقتضى الأدلة جواز التصدى لكل أحد فللفقيه الإفتاء بذلك فيجوز للعامى التصدى به استقلالا كما فى تغسيل ميت لاولى له.

و دعوى اعتبار الرجوع فى مثل ذلك ايضا الى الفقيه أخذا بإطلاق التوقيع، فيها ما لا يخفى لضعف التوقيع سندا و دلالة كما تقدم سابقا.

(۱) و حاصله ان المراد بالسلطان هو السلطان بحق كما هو فرض الشارع السلطنة لشخص فينحصر مدلول الرواية بولاية الإمام (ع) و استفادة ولاية الفقيه يحتاج الى عموم أدلة النيابة و قد تقدم انه لا عموم فيها و انه لم يثبت ولايته فى غير الإفتاء و القضاء و غير الأمور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۴

....

المعبر عنها بالأمور الحسبية التى منها بل و أهمها أمر تنظيم أمر بلاد المسلمين و تحصيل الأمن لها كما اعترف بعدم العموم جمال المحققين فى باب الخمس بعد الاعتراف بان المعروف عند الأصحاب كون الفقهاء نواب الامام (ع) و يظهر التأمل فى نيابته كذلك من المحقق الثانى أيضا فى رسالته الموسومة بقاطع اللجاج.

ثم ان المراد بمن لاولى له ليس مطلق انسان لم يكن له ولى بل الذى ينبغى ان يكون له ولى كالصغير و المجنون و المغمى عليه و الغائب عن أمواله و الموقوف عليهم و الميت الذى لاولى له و قاطبة المسلمين بالإضافة إلى ملكهم كالأراضى المفتوحة عنوة و نحو ذلك فينحصر مدلول الرواية بالأمور الحسبية لا الولاية على الرعية قاطبة على حد ولاية النبى (ص).

نعم يستفاد مما يذكر نفوذ التصرف من السلطان فيما يكون ذلك التصرف صلاحا للمولى عليه حتى ما إذا شك فى مشروعيته بحسب سائر الأدلة كما إذا أراد تزويج الصغير مع كونه صلاحا له فإنه لم يكن إثبات ذلك بالتوقيع لما تقدم من ان مدلوله ولاية الرواة فى كل واقعة يجب العمل فيها و انه يرجع فى تلك الواقعة إلى الرواة و هذا بخلاف هذه الرواية فإن مدلولها ثبوت الولاية للسلطان فى كل تصرف يكون صلاحا للمولى عليه و لو لم يكن من الأمور الحسبية نعم يعتبر كون التصرف صلاحا للمولى عليه فلا ينفذ التصرف المزبور مع عدم صلاحه له كما هو مقتضى كونه وليا فإنه فرق بين ان يكون للشخص ولاية لأحد كما هو ظاهر الرواية و ان يكون له ولاية عليه فإنه لا يبعد ان يكون مقتضى الثانى النفوذ و لو لم يكن التصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۵

[ولاية عدول المؤمنين]

بل المراد عدم الملكة يعنى أنه ولى من (۱) اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا (۲)

صلاحا.

(۱) كل ما ذكر ممن يحتاج إلى الولى بحسب صنفه و اما الاحتياج اليه بحسب الشخص أو النوع أو الجنس فلم يظهر المراد منه و نتيجة البحث الى هذا المقام ان ما يستدل بها من الروايات على ولاية الفقيه بمعنى ثبوت الولاية له على حد ثبوتها للنبى (ص) و سائر الأئمة عليهم السلام لا تكون ناظرة الى ذلك لان جلها تعم الرواة و العلماء الذين كانوا فى عصرهم عليهم السلام بل المتيقن من بعضها ذلك و الالتزام بثبوت الولاية لهم مع ولاية النبى و الامام (ع) غير ممكن أضف الى ذلك المناقشة فى اسناد جلها و دلالة كلها على ما تقدم و لكن بما ان التحفظ على بلاد المسلمين و الدفاع عنهم و عن الحوزة الإسلامية و الممانعة عن استيلاء الخونة و الفساق

و الأشرار فضلا عن المنافقين و الكفار مما يعلم وجوبه على حد وجوب سائر الأمور التى يعبر عنها بالحسبة بل ما ذكر أهمها و الأصل و الأساس لها فالواجب على الفقيه العادل البصير مع تمكنه هو التصدى لذلك مباشرة أو بالتوكيل و لا يبعد دخوله بالتصدى فى عنوان ولى الأمر اللازم طاعته و طاعة وكلائه فيما إذا لم يكن أمرهم و نهيهم و سائر تصرفاتهم خارجة عن الحدود التى رسمهما الشرع حيث لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق و يأتى ان مع تصديه لا يعلم مشروعية التصدى من غيره كما يعلم عدم جواز معارضته أو تضعيفه بل يجب تقويته و المساعدة و المجاهدة على مهامه التى لم تدخل فى العنوان المشار اليه بحسب ما بأيدينا من الأدلة.

(۲) و حاصل ما ذكر (ره) فى المقام ان التصرفات المعبر عنها بالأمور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۶

....

الحسبية كالتصرف فى أموال القاصرين مع فقد الولى و الحاكم و لو بعدم التمكن من الوصول اليه أو وكيله و فى الأوقاف العامة مع عدم متولى خاص لها و فقد الحاكم كما ذكر يتصرف فيها آحاد الناس من العدول للعلم بان هذه التصرفات مطلوب وجودها و غير مأخوذة على شخص خاص و اعتبار الاستيذان من الحاكم الشرعى ساقط للتعذر و اعتبار هذا الاستيذان اختيارى لا يسقط مطلوبية التصرف مع تعذره.

نعم فيما إذا احتمل كون الاستيذان شرطا مطلقا بحيث يسقط مطلوبية ذلك التصرف مع عدم التمكن منه فيرجع الى أصالة عدم مشروعيته كبعض مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كما إذا توقف أحدهما على الجرح حيث ان إطلاقات الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر المقتضية لكون كل منهما واجبا كفائيا لا تعم ما إذا توقف أحدهما على الجرح و الأصل عدم وجوب ذلك الجرح بل عدم جوازه أخذا بما دل على حرمة الإضرار و الإيذاء و الاعتداء.

أقول المشهور عندهم بل كما قيل لا خلاف فى ان للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر مراتب ثلاث الإنكار بالقلب ثم الإنكار باللسان ثم الإنكار باليد و ان كل واحدة منها فى طول الأخرى.

و لكن لا يخفى انه ان كان المراد بالإنكار بالقلب الكراهة الباطنية المتعلقة بالفعل الصادر عن الغير أو الترك كذلك فمن الظاهر ان هذا الإنكار و ان كان من مقتضى الايمان و التسليم لاحكام الشرع الا انه لا يدخل فى عنوان الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر حيث ان الأمر و النهى عبارة عن بعث الآخر و تحريكه نحو الفعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۷

....

أو الترك.

و ان كان المراد كما قيل إظهار الشخص ان الفعل الصادر عن الغير مكروه له فهذا داخل فى عنوان الإنكار باللسان فيجرى عليه ما يجرى على الإنكار باللسان و لا يكون وجوبه مطلقا بل على تقدير احتمال التأثير و عدم الخوف من ترتب الضرر.

و كذلك لا يدخل الإنكار باليد ضربا كان أو جرحا أو حبسا فى عنوان الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و ما يستدل على ذلك من بعض الروايات لضعف السند بل الدلالة لا تصلح للاعتماد عليها و على تقديره فلا يكون أحدهما فى طول الآخر و فى خبر يحيى بن الطويل عن ابى عبد اللّه (ع) قال ما جعل اللّه عز و جل بسط اللسان و كف اليد و لكن جعلهما يبسطان معا و يكفان معا «۱».

و الحاصل ان ما دل على حرمة الإيذاء و الإضرار و اعتداء خروج الضرب فضلا عن الجرح عن كونه معروفا فلا يمكن الأخذ بقوله (ع) كل معروف صدقة و بعبارة أخرى ضرب الغير أو جرحه مع كونهما موجبين لحمل الغير على المعروف و انتهائه عن المنكر من

المتزاحمين و على تقدير عدم إحراز الأهمية يكون وجوب الحمل ساقطا باعتبار عدم اباحة مقدمته مع ان وجوب الحمل فى نفسه المعبر عنه بالمنع عن المنكر لا يخلو عن تأمل و ان كان ربما يستظهر جواز ذلك و مطلوبيته بالإضافة الى الأهل و العيال من صحيحة عبد اللّه بن سنان عن ابى عبد اللّه (ع) قال جاء رجل الى رسول اللّه (ص) فقال ان أمى لا تدفع يد لامس قال فاحبسها قال قد فعلت قال فامنع من يدخل عليها قال قد فعلت قال قيدها فإنك لا تبرها بشيء أفضل من ان تمنعها من محارم اللّه

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۱) الباب (۳) من أبواب الأمر بالمعروف الحديث (۲).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۸

و الظاهر ان قوله فان توقع (۱) و لعل وجهه (۲)

عز و جل «۱» حيث لا يستفاد منها الا المطلوبية لا الوجوب.

نعم قوله سبحانه يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ نٰاراً يمكن استفادة الوجوب منها بالإضافة الى الأهل و لو كان المنع عن المنكر بالإيذاء و نحوه بشهادة الصحيحة بأن المنع المزبور إحسان بل يمكن ان يقال لا يحتمل عادة ان يكون المنع عن محارم اللّه إحسانا و برا بالإضافة إلى الأم و الأهل و لا يكون إحسانا بالإضافة إلى السائرين و لذا لا يبعد جواز المنع مطلقا كما لا يبعد الالتزام بان على الحاكم و والى المسلمين المنع فى موارد كون المنكر بشيوعه موجبا لفساد المجامع الإسلامية و طمس معالم الدين عن بلاد المسلمين كما لا يخفى.

(۱) يعنى ان هذا ليس من تتمة كلام العامة بل من تتمة ما ذكره (ره) بقوله (و هل يجوز أخذ الزكوات و الأخماس).

(۲) و بتعبير آخر ان قوله (ع) كل معروف صدقة فى مقام الترغيب الى فعل المعروف و اما تعيين المعروف و مصاديقه فهو خارج عن مدلوله كما هو الشأن فى كل خطاب يتضمن الحكم بعنوان القضية الحقيقية و على ذلك فلا يمكن التمسك بالرواية فيما إذا كان مقتضى الأدلة عدم جواز ذلك التصرف و اشتراط كونه بنظر الفقيه كإقامة الحدود حيث ورد أنها وظيفة الامام و الحاكم و كذلك التصدى لجمع الزكوات و الأخماس أخذا بأصالة عدم الولاية التى لا يكون التصدى بدونها معروفا و لذا لا يمكن التمسك بالرواية المزبورة فى نفوذ البيع فضولا فيما إذا كان ذلك البيع

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۸) الباب (۴۸) الحديث (۱) من أبواب حد الزنا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۴۹

بناء على ان المراد من المماثلة (۱)

صلاحا للمالك.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى التمسك بقوله سبحانه وَ تَعٰاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوىٰ حيث ان تعيين البر و التقوى خارج عن مدلولها و كذلك لا يقتضى قوله (ع) و اللّه فى عون مؤمن ما دام فى عون أخيه.

و على الجملة إذا كان فى البين ما يدل على عدم جواز الفعل أو عدم نفوذه حتى مع عدم التمكن على الوصول من الفقيه فلا يمكن إثبات الولاية فيه لعدول المؤمنين بما ذكر من الآية و الرواية بل يحتاج جواز التصدى حسبة الى العلم بجواز التصدى كالتصرف فى الأوقاف العامة التى لا متولى لها و تجهيز ميت لاولى له أو قيام دليل خاص عليه كالتصرف فى أموال اليتامى مع عدم الولى لهم كما لا يخفى.

(۱) و حاصله ان نصب القیم من القاضی المفروض فی الروایة غیر نافذ و یکون تصرف عبد الحمید و مثله من جهة ولایته علی الأیتام بحکم الشارع لا من جهة کونه منصوبا من قبل القاضی و المحتمل فی المماثلة الواردة فی الروایة أمور: الأول- المماثلة فی التشیع الثانی- المماثلة فی الوثاقة أی فعل ما هو صلاح للأیتام فیکون ملاحظة مصلحة الیتیم فی عبارة المصنف (ره) عطفا تفسیریا للوثاقة الثالث- المماثلة فی الفقاهة الرابع- المماثلة فی العدالة و احتمال ارادة الثالث أی المماثلة فی الفقاهة ضعیف لان مفهوم الشرطیة علی ذلک الاحتمال انه إذا لم یکن القیم للأیتام فقیها ففی تصرفاته بأس و منع و المنع إطلاقه یجری حتی فی صورة تعذر الفقیه مع انه لا یمکن ان تکون الفقاهة بالإضافة الی مال الیتیم شرطا علی الإطلاق بحیث لا یجوز لغیر الفقیه التصرف حتی مع تعذر الفقیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۰

ففی صحیحة علی بن رئاب (۱)

و هذا بخلاف سائر الاحتمالات فإنه لا بأس علیها بالأخذ بإطلاق البأس و المنع و الالتزام بان تصرف غیر الشیعة أو الخائن أو الفاسق فی مال الیتیم غیر نافذ.

و الحاصل یدور المراد فی الاحتمالات الثلاثة الباقیة فیؤخذ بالأخص منها و هو اعتبار العدل لکونه متیقنا بالإرادة لأن العادل یکون شیعیا و یکون تصرفه بمقتضی التکلیف المستفاد من مثل قوله سبحانه وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* صلاحا للیتیم.

أقول لا- مجال فی المقام للتمسک بإطلاق المفهوم و إثبات ان المراد بالمماثلة المماثلة فی غیر الفقاهة و ذلک للجزم بان البأس فی المفهوم لا یعم تصرف غیر الفقیه مع تعذر الفقیه و عدم شمول المفهوم لذلک اما بالتقیید کما إذا کان المراد بالمماثلة الفقاهة فإنه لا بد من تقیید المفهوم و اما تقیدا کما إذا کان المراد بها غیر الفقاهة نظیر ما یقال انه مع العلم بعدم ثبوت حکم العام لشیء و دوران کونه بالتخصیص أو بالتخصص لا یمکن التمسک بأصالة العموم و إثبات کونه بالتخصص فالصحیح ان الصحیحة مجملة من حیث المراد من المماثلة فیؤخذ بالأخص من الاحتمالات و هی المماثلة فی الفقاهة و العدل.

(۱) و وجه دلالتها ان قوله (ع) الناظر فیما یصلحهم وصف توضیحی فیکون مفاد الصحیحة نفوذ تصرفات من یکون تصرفاته من جهة صلاح الصغیر المفروض عدم القیم الخاص له و لکنها لا تنافی اعتبار العدالة فی القیم فإنه یرفع عن إطلاقها بما دل علی اعتبار العدالة کما ان ما دل علی اعتبارها یکون مفسرا لإجمال الصحیحة الأولی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۱

و الذی ینبغی ان یقال (۱)

فتکون النتیجة ان القائم بمصالح الصغیر من غیر وصایة و من غیر توکیل من الحاکم الشرعی یجب ان یکون عدلا.

و اما موثقة سماعة قال سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار من غیر وصیة و له خدم و ممالیک و عقد کیف یصنع الورثة بقسمة ذلک المیراث قال إذا قام رجل ثقة قاسمهم ذلک کله فلا بأس «۱» فلا ظهور للثقة فیها فیمن یطمئن بفعله عرفا و لو کان فاسقا بل لا یبعد ظهورها فی العدل و لا أقل من الحمل علیه جمعا بینها و بین صحیحة إسماعیل بن سعد برفع الید عن إطلاق الثانیة بالأولی کما لا یخفی.

(۱) یعنی فی الموارد التی یکون فیها لجواز تصرف غیر الفقیه و نفوذه دلیل خاص اتبع ذلک الدلیل فی جهة کونه دالا علی اعتبار العدالة فی المتصرف أم لا.

و اما الموارد التی یکون تصرف غیر الفقیه فیها من جهة دخول ذلک التصرف فی عموم قوله (ع) کل معروف صدقة و قوله عون الضعیف من أفضل الصدقة أو عموم قوله سبحانه وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* ففیها تفصیل من جهة ان الفاسق ایضا

یجوز له التصدی لتلک التصرفات و یکون تصرفه نافذا کتصرف العادل الا انه لا یسقط التکلیف بإصلاح مال الیتیم و حفظه عن الهلاک عن السائرین بمجرد قیام الفاسق بالتصرف مع عدم إحراز کون تصرف الفاسق صلاحا و إحسانا للطفل و لا یکفی فی الإحراز حمل التصرف المزبور علی الصحة مثلا إذا باع الفاسق مال الصغیر لا یجوز مع جهله یکون ذلک صلاحا للطفل شراء ذلک المال من البائع المزبور و لا یجری

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۳) الباب (۸۸) من أبواب الوصایا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۲

....

أصالة الصحة فی فعل البائع فإن الشک فی المقام فی أصل وجود المأمور به و هو إصلاح مال الطفل و إیجاد الصلاح فیکون نظیر ما إذا شک فی ان الغیر صلی علی المیت أم لا نعم إذا أحرز أصل الصلاة و شک فی وقوعها صحیحة أم لا فتحمل علی الصحة.

و بتعبیر آخر شک المشتری فی کون بیع البائع صلاحا للطفل أم لا نظیر شکه فی بلوغ البائع و ولایته علی البیع لا مجری فیه لأصالة الصحة نعم إذا باع الفاسق مال الطفل لآخر و احتمل ثالث ان المشتری قد أحرز کون شرائه و بیع البائع صلاحا للطفل فیجوز لذلک الثالث حمل شرائه علی الصحة و لا یجوز له أخذ الثمن من ید البائع و استرداد المبیع من ید مشتریه بدفع الثمن إلیه لأنه لا یعلم ان مال الصغیر هو الثمن بل مقتضی أصالة الصحة الجاریة فی شراء المشتری هو کون ماله هو الثمن لا المثمن أقول قد تقدم سابقا انه لا دلالة لقوله (ع) کل معروف صدقة و لا لقوله عون الضعیف من أفضل الصدقة علی حکم المقام فان کون تصرف الأجنبی فی مال الطفل انما یکون معروفا و عونا مع ولایته علی التصرف و نفوذ معاملته و إذا منع عنه مثل قوله (ع) لا یحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه أو أصالة عدم ولایته علی التصرف المزبور فیخرج عن کونه معروفا و عونا کما یخرج زید باستصحاب عدم کونه فاسقا عن عموم النهی عن إکرام الفاسق.

و اما قوله سبحانه وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* فهو خطاب متوجه الی من یکون فی أیدیهم أموال الیتامی من الأولیاء و لا یعم غیر الولی و لا یعین الولایة لأحد.

و الحاصل ان التصرف فی مال الأیتام مستفاد من الروایات المتقدمة و مفادها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۳

....

کما تقدم اعتبار العدالة فی المتصرف و أیضا لو فرض ثبوت الولایة علی کل واحد فی التصرف فی مال الطفل أو غیره فلا مانع من حمل فعل المتصدی علی الصحة و لیس المقام من قبیل الشک فی بلوغ البائع و نحوه ما یکون الشک معه فی ولایة المتصرف حیث لا مجری لأصالة الصحة بدون إحرازها و ذلک فإنه بعد فرض الولایة حتی للفاسق یکون ولایة التصرف محرزا غایة الأمر ان بیعه مشروط یکون ذلک البیع صلاحا للطفل بنظره کما مقتضی جعل الولایة نظیر اشتراط علم البائع و إحرازه أوصاف المبیع فی صحة بیعه و کما ان المشتری إذا شک فی ان بایعه عالم بأوصاف مبیعه أم لا یجوز له الاشتراء حملا لبیعه علی الصحة کذلک فی المقام فیما إذا احتمل المشتری ان بایع مال الطفل قد أحرز کون بیعه صلاحا و لو کان إصلاح مال الطفل واقعا هو المأمور به لوجب علی الآخرین أخذ المال من ید المشتری بدفع الثمن الیه تمسکا باستصحاب بقاء المبیع فی ملک الطفل فإنه کما لا مجال لأصالة الصحة فی فعل البائع کذلک لا مجال له فی فعل المشتری لأن إصلاح مال الطفل واقعا لا یحصل بمجرد فعل البائع بل به و بفعل المشتری و

یکون الشک فی صحهٔ شراء المشتری مساویا للشک فی أصل وجود المأمور به کما لا یخفی.

ثم بناء علی ما ذکرنا من عدم إحراز الولایهٔ لغیر العادل من الأمور الحسبیهٔ المشار إلیها تکون العدالهٔ فیها للمتصدی معتبرهٔ بنحو الموضوعیهٔ و اما بناء علی ما ذکر المصنف (ره) من ثبوت الولایهٔ فیها للفاسق یکون اعتبار العدالهٔ فیها للمتصدی بنحو حیث تکون عدالهٔ المتصدی طریقا الی وقوع التصرف الصلاح و لو علم وقوع هذا النحو من التصرف من جهۀ أخری یکون نافذا کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۴

فالظاهر ان حکم عدول المؤمنین لا یزید علی حکم الأب و الجد (۱)

---

(۱) أقول الظاهر ان مع وضع عادل یده علی مال الصغیر یجوز للعادل الآخر مزاحمهٔ الأول لأن بعض الروایات المتقدمهٔ تعم تصرف المزاحم فیما إذا وقع قبل وقوع التصرف من العادل الأول و اما فیما کان القیام من العادل لمجرد کون الواقعهٔ من الأمور الحسبیهٔ التی علم بعدم رضاء الشارع بترک التعرض لها فلا یجوز المزاحمهٔ فی الأمور الحسبیهٔ التی یکون مقتضی الأدلهٔ الأولیهٔ المنع عن التصرف فیها کالتصرف فی مال الغائب و الأوقاف العامهٔ لأنه یرفع الید فیها عن تلک الأدلهٔ للعلم بان الشارع لا یرضی بإهمال الواقعهٔ و لا یحصل هذا العلم مع وضع العادل یده علی تلک الواقعهٔ حیث یحتمل عدم رضاء الشارع بالتصدی من الآخرین و مزاحمهٔ العادل الذی وضع یده علی الواقعهٔ أولا.

نعم الأمور التی یکون مقتضی الأدلهٔ الأولیهٔ جواز التصدی لها کالصلاهٔ علی میت لاولی له فإن الولایهٔ لها ثابتهٔ لآحاد المؤمنین فیجوز لکل واحد منهم إیقاعها مع عدم وقوعها من الآخر قبله.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی ولایهٔ الفقیه و انه یجوز للفقیه الآخر التصرف و لو مع وضع فقیه یده علی الواقعهٔ قبله فیما إذا کان مقتضی الخطاب اللفظی جواز التصدی لکل فقیه کالقضاء فی المرافعات و اما فی الأمور الحسبیهٔ التی یکون تصدیه للعلم برضاء الشارع فلا یجوز للآخر المزاحمهٔ باعتبار انه لا علم برضاء الشارع بتصدی الآخر مع فرض وضع الأول یده علی الواقعهٔ التی تکون مقتضی الأدلهٔ الأولیهٔ عدم جواز التصرف فیها فلا حظ و تدبر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۵

فهل یجوز للآخر مزاحمهٔ (۱)

---

(۱) یعنی هل یجوز للفقیه الآخر مزاحمهٔ الفقیه الذی تصدی للواقعهٔ بوضع یده علیها أولا بأن یرخص الآخر أحدا فی الصلاهٔ علی المیت أو هو یباشر بنفسه بالصلاهٔ علیه ذکره (ره) انه لو کان المستند لولایهٔ الفقیه فی مثل هذه الأمور ما فی التوقیع المتقدم من إیجاب إرجاع الحوادث إلی الرواهٔ فیجوز للفقیه الآخر مزاحمهٔ الأول لأن مفاده ان العوام لا یجوز لهم مزاحمهٔ الفقهاء بل یجب علیهم إیکال الحوادث إلیهم و اما ان الفقیه لا یجوز له مزاحمهٔ الفقیه فلا دلالهٔ للتوقیع علیه.

و الحاصل ان مفاد التوقیع المزبور ان الفقهاء کل واحد منهم حجهٔ علی السائرین و یکون لهم ولایهٔ بحیث یجب علی العوام الرجوع إلیهم فیکون حال کل فقیه بالإضافهٔ إلی الفقیه الآخر حال کل من الأب و الجد بالإضافهٔ إلی الأخر و من هذا القبیل تصدی أحد الحاکمین للحکم فی الواقعهٔ قبل حکم الأخر فیها و لو مع دفع تلک الواقعهٔ الی ذلک الأخر و نظره و استماع الشهادهٔ و البناء علی الحکم فیها.

و اما إذا استفید ولایهٔ الفقیه من أدلهٔ نیابتها عن الامام (ع) فلا یجوز للفقیه الأخر مزاحمهٔ من وضع یده علی الواقعهٔ أولا و لیس المراد الأدلهٔ التی یکون مدلولها کون الفقیه کالإمام أولی بالناس أی بأنفسهم و أموالهم لیقال انه لیس فی البین ما یقتضی ولایته کذلک بل المراد ان تصرف الفقیه فی مورد له ولایهٔ التصرف فیه کتصرف الامام (ع) فیه کما یظهر ذلک من التعلیل الوارد فی التوقیع المتقدم

فـان مقتضاه كون الفقيه حجة من قبله (ع) فتصـديه للواقعـة كتصـديه (ع) لها فإنه لو كان جواز تصـدى الفقيه كجواز تصـدى الأب و الجد حكما شرعيا لكان الأنسب أن يقول فإنهم حجة اللّه عليكم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۵۶

....

و الحاصل إذا كان تصـدى الفقيه لواقعة كتصدى الامام (ع) لها فلا يجوز للفقيه الأخر التصرف فيها بعد وضع اليد عليها من فقيه أولا حيث لا يجوز مزاحمة الإمام (ع).

لا يقال كيف جاز لفقيه الحكم فى واقعة قبل تمام الحكم من الفقيه الأخر حتى لو نظر ذلك الأخر فى تلك الواقعة و سمع الشهادة و بنى على الحكم فيها مع انه يجرى على تصديه فيها للقضاء أنه كتصدى الامام (ع).

فإنه يقال وجوب القضاء على الفقيه فى الواقعة مشروط بسؤال الحكم منه و مع عدم سؤال المتخاصمين كما هو مقتضى رجوعهما الى غيره و لو بعـد مراجعتهما اليه يكون التكليف بالقضاء متوجها الى ذلك الغير أقول قـد تقـدم ان التوقيع المزبور لا يمكن الاعتماد عليه لضـعفه سـندا و ان الحوادث الواقعـة الواردة فيهـا مجملـة لأـن السؤال لم يصـل إلينـا و لعـل كـان فيه قرينـة على كون المراد بها بعض المخاصمات التى يحتاج فيها إلى الحكومة.

و على تقـدير الإغماض و عموم الحوادث فمفاده ان مع وجود الفقيه لا يعـذر العامى فى ترك الواقعـة و عـدم العمل بالوظيفة فيها فإن الحجة ما يحتج به كما ان مع وجود الامام (ع) لا يعذر الناس فى ترك رجوعهم اليه (ع) و اما مباشـرة الفقيه بحادثة بالإضافة إلى فقيه آخر كمباشرة الامام (ع) بالإضافة إلى الفقيه فليس فيه دلالة على ذلك.

و بتغيير آخر جعـل الولايـة لفقيه بالتصـرف فى الواقعـة لاـ يلازم جعل تصـديه منزلـة تصـدى الإمام (ع) و ما ذكر (ره) من عـدم جواز مزاحمة فقيه لفقيه آخر لاستلزامها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۵۷

قوله مطلق التقليب و التحريك حتى من مكان الى آخر (۱)

اختلال النظام فلا يخفى ما فيه فإنه على تقـدير الدليل على ولاية كل فقيه يكون المقام نظير ما إذا تعذر المراجعة إلى الفقيه و وصـلت النوبة لعدول المؤمنين حيث ذكر (ره) جواز مزاحمة عادل لعادل و مزاحمة فقيه لفقيه آخر لا يزيد عليه.

(۱) يعنى يحتمل كون المراد بالقرب تحريك مال اليتيم و إخراجه عن السكون سواء كان تحريكا مكانيا بان ينقل المال من مكان الى آخر أو تحريكا اعتباريا و إدخالا فى ملك الغير بيعا أو غيره و التقليب و التحريك بمعنى واحد.

و يحتمـل ان يكون المراد بـالقرب وضع اليـد على مـال اليتيم و انه لاـ يجوز وضع اليـد عليه الا فيما كان وضـعها عليه أحسن من تركه بحاله.

و يحتمـل كون المراد به مـا يعـد تصـرفا سواء كـان اعتباريـا كـالبيع و الإجارة و نحوهما أو غيره من التصـرف الخارجى و يترتب على ذلك انه لو كان التصـرف فى مال اليتيم أحسن من تركه بحاله فلا يجب التصـرف حيث ان مـدلول الآيـة عـدم جواز القرب اليه بوجه غير أحسن لا وجوب القرب اليه بوجه أحسن.

و يحتمـل ان يكون المراد بـالقرب مطلق الأـمر الاختيـارى المتعلق بمـال اليتيم و لو كـان الأمر المزبور تركه بحاله و يترتب على ذلك وجوب التصرف فى الفرض المتقدم فان تركه بحاله على هذا الاحتمال قرب اليه بوجه غير أحسن فلا يجوز.

ثم ان المراد بالأـحسن امـا الأحسن من تركه أو الأحسن من تركه و من سائر التصـرفات المعبر عنه بالأحسن المطلق أو القرب الحسـن

بان یکون فیه صلاح للطفل أو القرب الذی لا یکون فیه حرج أی مفسدة.

و الظاهر من معانی القرب هو المعنی الثالث حیث ان القرب الی المال بمناسبة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۸

....

الحکم و الموضوع هو التصرف فیه سواء کان اعتباریا أو خارجیا فلا یشمل ترکه بحاله کما ان ظاهر الأحسن هو المعنی الثانی أی التفضیل المطلق کما هو مقتضی حذف المفضل علیه فی إفادته العموم و علی هذا فلو کان بیع مال الیتیم أصلح من ترکه و من سائر التصرفات و لم یکن فرق بین بیعه بالدینار أو بالدراهم یکون بیعه بکل منهما جائزا باعتبار کون بیعه بکل منهما أصلح من ترکه و من سائر التصرفات و إذا باعه بالدراهم فلا یجوز مبادلة الدراهم بالدینار باعتبار ان هذه المبادلة لا تکون أحسن من ترکها.

بخلاف ما إذا قیل بان المراد بالأحسن مطلق ما لا یکون فیه حرج و مفسدة فإنه بناء علیه تجوز تلک المبادلة و کذا ما إذا قیل بان المراد بالأحسن هو الأحسن المطلق و المراد بالقرب مطلق ما یتعلق بمال الیتیم و لو کان ذلک الأمر ترکه بحاله حیث ان فی الفرض لا یکون القرب أی ترک مال الیتیم بحاله أحسن من ترکه و من سائر الأمور المتعلقة بالدراهم المفروضة بل ترکها بحالها و تبدیلها بالدنانیر علی حد سواء فیجوز کل منهما.

ثم ان الأظهر من معانی القرب هو الثالث حیث ان قرب المال بمناسبة الحکم و الموضوع هو التصرف فیه کما ان الأظهر فی معنی الأحسن هو التفضیل المطلق أی التصرف الأحسن من ترکه و من سائر التصرفات نعم مقتضی التدبر فی ملاحظة غرض الشارع أن لا ینحصر القرب بالتصرف بل یعم ترک المال بحاله کما هو المعنی الرابع للقرب فان غرضه ان لا یختار الأولیاء فی مال الیتیم الا ما کان أحسن کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۵۹

....

أقول لا ینبغی الریب فی ان النهی عن قرب مال الیتیم لا یراد منه معناه الحقیقی من القرب المکانی أو الزمانی أو نحوهما بل کنایة عن الفعل المناسب للمال فلاحظ النهی عن قرب الشجرة فی قوله سبحانه وَ لٰا تَقْرَبٰا هٰذِهِ الشَّجَرَةَ* و النهی عن قرب النساء فی قوله وَ لٰا تَقْرَبُوهُنَّ حَتّٰی یَطْهُرْنَ و نحوهما و من الظاهر ان الفعل المناسب للمال قسمان التصرف الخارجی بان یلبس الثوب المملوک للیتیم و یسکن بیته و یأکل طعامه الی غیر ذلک مما هو استیفاء لمنافع مال الیتیم أو إتلاف أعیان ماله و التصرف الاعتباری کالاتجار بمال الیتیم و المتیقن من المراد هو القسم الأول و ان کان لا یبعد عموم المراد و شموله للقسم الثانی.

و کیف کان فلیس الأحسن وصفا للقرب لیقال ان القرب لا یعم التصرفات الاعتباریة و ان مدلول الآیة هو تحریم التصرف الخارجی غیر الأحسن فلا یستفاد منه الحکم الوضعی للمعاملات الجاریة علی مال الیتیم بل الأحسن صلة الموصول المراد به الطریقة و الوسیلة کما هو مقتضی تأنیث الموصول و دخول الباء الظاهرة فی الآلیة أو السببیة علیه و توصیف الطریقة بالأحسن یمکن ان یراد ما یقابل طریق الظلم و العدوان کما فی قوله سبحانه الَّذِینَ یَأْکُلُونَ أَمْوٰالَ الْیَتٰامیٰ ظُلْماً و علیه فیما کان وسیلة القرب معاملة معنونة بعنوان الظلم و العدوان یحکم بفسادها کما إذا باع الولی مال الیتیم بثمن نجس جدا حیث لا یمکن مع صحتها ان یکون ترتب الأثر علیها المعبر عنه بالقرب محرما.

و یمکن ان یکون المراد الطریقة التی هی أصلح للیتیم بالإضافة إلی سائر المعاملات و الوسائل فلا یجوز القرب بمال الیتیم بالإجارة إذا کان البیع أصلح و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۶۰

نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان حرمة التصرف هو الضرر (۱) و هل يجب مراعاة الأصلح (۲) لأن النقل و الانتقال (۳) نعم لمثل ما قلنا (۴)

ظاهر الأحسن و ان كان هو الثانى الا انه قد يقال بكون المراد به هو الأول بقرينة النهى عن أكله ظلما و بعض الروايات الواردة فى التصرف بمال اليتيم.

(۱) أقول مورد الروايتين و مدلولهما المراودة و المعاشرة مع اليتامى بالدخول الى بيتهم و الأكل من طعامهم و نحو ذلك مما هو صلاح لهم فان انقطاع الناس عنهم و ترك الدخول عليهم أمر غير مرغوب فى العادة و تجويزه مع وصول العوض الى اليتامى حتى فيما إذا لم يكن العوض زائدا على المقدار المصروف منهم لا يقتضى جواز مثل بيع مال اليتيم بثمن المثل فيما إذا كان فى البين من يشتريه بالأزيد منه أو جواز بيع مال اليتيم فيما إذا كان تركه مع فعله سيان.

بل لا يبعد القول بجواز الدخول على اليتامى كما ذكر من غير حاجة الى الاستجازة من أوليائهم أو من الحاكم الشرعى أخذا بظاهر الروايتين.

(۲) يعنى بناء على لزوم رعاية المصلحة فى التصرف فهل يجب رعاية الأصلح و الأكثر نفعا أم لا استشهد (ره) على لزوم رعايته بما فى القواعد.

(۳) يعنى تجويز الشارع النقل و الانتقال فى مال الطفل باعتبار الغرض و الملاك، و عدم المفسدة كسائر العدميات لا يصلح كونه غرضا.

(۴) يعنى يحتمل وجوب تحرى الأصلح و دليله مثل ما قلنا فى لزوم رعاية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۶۱

لا لان ذلك لا يتناهى (۱) فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من الترك (۲) نعم ثبت بدليل خارج حرمة الترك (۳) فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه (۴)

المصلحة و هو كون الولى منصوبا لرعاية المصلحة و أصالة بقاء الملك.

(۱) يعنى يحتمل ان لا يجب تحرى الأصلح لأن الأصلح لا آخر له و كل ما يفرض كون صلاحه أكثر يمكن ان يكون تصرف آخر أصلح منه.

(۲) يعنى لا يستفاد من الآية وجوب الفعل فيما إذا كان أحسن من تركه لما تقدم من ان ظاهرها عدم جواز غير الأحسن لا وجوب فعل الأحسن.

(۳) فإن التصرف فى ماله فى مورد يكون تركه إتلافا لماله مما يعلم ان الشارع لا يرضى بذلك الترك.

(۴) و ذلك لما تقدم فى صور الأحسن من ظهور الأحسن فى معنى التفضيل.

بقى فى المقام أمر و هو انه قد يقال بظهور الاستثناء فى آية (لا تقربوا). فى أنه يجوز لكل مكلف التصرف فى مال اليتيم إذا كان ذلك التصرف أحسن و أنه لا تختص ولاية التصرف فيه بشخص أو أشخاص خاصة حيث ان الاستثناء بمنزلة اقربوا مال اليتيم بالأحسن.

و يجاب عن ذلك تارة بما ذكر فى مفهوم الشرط بأنه إذا كان الجزاء فى القضية الشرطية سالبة كلية كقوله (ع) إذا بلغ الماء قدر كر لا ينجسه شيء يكون مفهومه موجبة جزئية لا كلية فإنه ليس المستفاد من المفهوم انه إذا لم يبلغ قدر كر ينجسه كل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۶۲

....

شیء بل مفهومه مهمل و مساوق لقوله ینجسه بعض الأشیاء.

و هذا یجری فی الاستثناء من السابقة الکلیة أیضا حیث ان مفاد الاستثناء قطع الحکم المستثنی منه أی ارتفاع السالبة الکلیة بثبوت الموجبة.

و اما کون الموجبة کلیة فلا یستفاد منها و لو قیل لا تقتل أحدا إلا فی غیر الأشهر الحرم فلا یکون مفاده اقتل کل أحد فی غیر الأشهر الحرم و علی ذلک فمفاد الاستثناء ان النهی العام أی نهی کل أحد عن قرب مال الیتیم ینتفی إذا کان القرب أحسن و اما التجویز لکل أحد فی القرب مع کونه أحسن فلا یستفاد منه.

و اخری بأنه لو سلم ان مفاد الاستثناء الإیجاب الکلی الا ان عدم ورود الآیة فی بیان حکم المستثنی یمنع عن التمسک فیه بمقتضی الإطلاق و یشهد لعدم وروده فی بیان حکم المستثنی ملاحظة ما قبل الآیة من الآیات الواردة فی بیان المحرمات و علی تقدیر الإغماض و عدم إحراز ان الاستثناء مهمل فلا أقل من عدم إحراز وروده فی مقام البیان.

أقول قد تقدم فی بحث العام و الخاص ان من أدوات العموم وقوع اسم الجنس فی سیاق النفی أو النهی کقوله لا- یحل شیء من السباع و قوله لا- تکرم فاسقا و علیه فان کان العموم فی الجزاء مستفادا من أحد الأمرین فینتفی ذلک العموم فی ناحیة المفهوم فی القضیة الشرطیة و لا یکون فی ناحیة المفهوم عموم حیث ان ذلک الاسم الجنس لا یقع فی ناحیة المفهوم فی سیاق النفی لأن مفهوم القضیة الشرطیة التی الجزاء فیها سالبة موجبة کما فی قوله إذا بلغ الماء قدر کر لا ینجسه شیء.

و اما إذا کان العموم فی الجزاء مستفادا من أمر یکون ذلک الأمر موجودا فی

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۶۳

....

ناحیة المفهوم ایضا فلا- ینتفی العموم کما فی قوله کل درهم أو دینار لا یکون فیهما زکاة إذا لم یحل علیه حول فان مفهومه ان کل درهم أو دینار فیه زکاة إذا حال علیه الحول و کذلک الحال فی ناحیة الاستثناء فإنه لو کان عموم المستثنی منه بأحد الأمرین المتقدمین فلا یکون فی ناحیة المستثنی عموم کما فی قوله لا تقتل أحدا إلا فی غیر أشهر الحرم.

و اما إذا کان مستفادا من أمر آخر لا ینتفی بقطع حکم المستثنی منه یکون العموم فی ناحیة المستثنی ایضا کقوله کل دم من المسلم محترم لا یحل الا قصاصا فان مقتضی الاستثناء جواز القصاص من کل مسلم و علی ذلک فالعموم بالإضافة إلی عامة المکلفین فی خطاب لا- تقربوا مال الیتیم إلا- بالتی هی أحسن مستفاد من توجیه الخطاب الی عامتهم لا من وقوع النکرة فی سیاق النهی فیکون المستثنی عدم الحرمة علی کل مکلف بالإضافة إلی القرب بالأحسن.

أضف الی ذلک أن ورود ما قبل الآیة فی ذکر المحرمات فقط علی تقدیر تسلیمه لا یمنع الأخذ بمقتضی الاستثناء الوارد لکل من الأحکام الانحلالیة باعتبار کل مکلف و ان الأصل فی کل خطاب متضمن للحکم و موضوعه وروده فی مقام البیان من حیث قیود ذلک الموضوع و الحکم.

و الصحیح فی الجواب عن دعوی استفادة الولایة لکل أحد ما ذکرنا من ان الأحسن فی الآیة صلة للتی المراد بها الوسیلة و المعاملة و ما دل علی اعتبار قیام العدول فی المعاملة علی مال الیتیم یکون حاکما علی مدلول الآیة حیث ان مقتضاه أن الوسیلة تکون أحسن فیما إذا قام عدل فی المعاملة علی مال الیتیم فلا یجوز شراء مال لأحد إلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۶۴

[شرائط العوضين]

[اعتبار المالية فى العوضين]

و الاولى أن يقال (۱)

إذا قام عدل فى بيعه.

أضف الى ذلک احتمال اختصاص خطاب النهى بالأولياء بمناسبة كون مال اليتيم بأيديهم و انهم ذوو اليد عليه فتدبر جيدا.

(۱) و لعل نظره (ره) الى ان مجرد كون الشىء ذات منفعة محللة لا يوجب كونه مالا عرفا كالماء على قرب الشاطى فكل مورد تحقق انه ليس بمال عرفا و ان كان له منفعة محللة كالماء المزبور فلا يجوز بيعه لان البيع مبادلة مال بمال و لا بيع إلا فى ملک أى المال و ما لم يتحقق فيه أنه ليس بمال فان كان أخذ المال فى مقابله أكلا بالباطل عرفا فيحكم بفساد بيعه أيضا و ان لم يتحقق انه ليس بمال و لم يحرز أن أخذ العوض فى مقابلة أكل للعوض بالباطل فان تم إجماع أو قام نص على عدم جواز بيعه كالخمر و الخنزير فهو و الا يتمسک فى الحكم بصحته بإطلاق حل البيع و عموم الوفاء بالعقود.

و بما فى حديث تحف العقول من قوله و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل ذلک حلال بيعه.

أقول إذا لم يحرز كون شىء ما لا كيف يتمسک فيه بإطلاق حل البيع فإنه يكون من قبيل التمسک بالمطلق فى شبهته المصداقية بل لا يحتاج فى الحكم بفساده الى النص أو الإجماع بل يكفى فيه أصالة الفساد فان حديث تحف العقول لا يصلح للاعتماد عليه لضعفه سندا بل دلالة لأن وجود جهة صلاح فى الشىء بنفسه لا يوجب جواز بيعه على ما ذكرنا تفصيله عند التعرض للحديث.

و اما التمسک بعموم الأمر بالوفاء بالعقود فهو أيضا غير صحيح لان المفروض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۶۵

....

فى المقام قصد البيع فحصول هذا العقد غير محرز و عقد آخر غير مقصود.

و قد يقال بعدم اعتبار المالية فى العوضين فى صدق البيع و عليه فالشک فى كون شىء مالا لا يلازم الشک فى صدق عنوان البيع حتى لا يمكن التمسک بخطاب حل البيع فى الحكم بصحته بل يكفى فى صدق عنوان البيع ان يكون المبذول بإزائه المال مورد غرض عقلائى كما إذا راى شخص أثر أبيه المتوفى بيد آخر ككتابه الى صديقه و نفرض الكتاب بنحو لا يبذل بإزائه المال و لو التمس الابن اثر أبيه ممن بيده فطالب العوض و أنه يبيعه بدرهم و لا يعطيه مجانا يكون أخذ الابن الكتاب المزبور بدرهم بعنوان الشراء معتبرا مع أنه لا يبذل الدرهم غير الابن بإزائه.

و يشهد لعدم اعتبار المالية فى صدق عنوان البيع مثل قوله سبحانه إِنَّ اللّٰهَ اشْتَرىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ. وَ لَبِئْسَ مٰا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ الى غير ذلک.

و ذكر بعض الأجلة فى توضيح عدم الاعتبار ان المبادلة بين الشيئين قد يكون لأجل ماليتهما كما هو الغالب قد تكون لغرض آخر مثلا لو فرض وجود حيوانات مضرة بالزرع كالفأرة و أراد صاحب الزرع جمعها فاشترى كل فارة بكذا يصدق عليه عنوان البيع و لو أتلف الغير تلک الفارة بعد شرائها لم يكن المتلف ضامنا لعدم المالية.

أقول قد ذکرنا فی المکاسب المحرمة انه لا شهادة فی مثل قوله سبحانه إِنَّ اللّهَ اشْتَریٰ مِنَ الْمُؤْمِنِینَ أَنْفُسَهُمْ علی عدم اعتبار المالیة فی المبیع حیث ان استعمال الشراء فیه انما هو بالعنایة و المجاز فإنه من الظاهر أنه لیس فی الآیة نظر الی تملیک و تملک اعتباریین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۶۶

[اعتبار الملکیة فی العوضین]

اشارة

کما لا- شهادة علی ما ذکر فی الأمثلة المتقدمة فإنه ربما لا تکون للشیء مالیة الا انه یکون للعمل المتعلق به مالیة کما فی جمع الکلاب الهراش و قتلها و جمع الفارة و نحوها من أرض الزراعة أو السکنی و قتلها بالسم أو غیره فیجوز أخذ العوض فی مقابله فان قوله کل فارة بکذا العوض فیه للأخذ أو القتل کما لا یخفی و علی ما ذکرنا یکون أخذ العوض للکتاب المزبور أکلا للمال بالباطل نعم إذا کان ذلک بنحو الهبة المشروطة بأن یعطی الابن المال للآخر لیملکه کتاب أبیه فلا بأس.

و الحاصل ان المالیة کما تکون فی الأعیان سواء کانت من المنقولات أو غیرها کالأراضی و الأشجار علی ما یشهد لذلک الروایات الواردة فی بیع الأراضی و شرائها کذلک تکون فی منافع الأعیان و الأعمال و الحقوق و تقدم ان البیع عبارة عن تملیک غیر العمل و المنافع بإزاء مال فی مقابل الإجارة التی عبارة عن تملیک المنفعة أو العمل بإزاء المال.

ثم انه لم یذکر (ره) فی العنوان اعتبار الملکیة فی العوضین و انما ذکر اعتبار کون کل منهما مالا و النسبة بین کون شیء مالا و کونه ملکا عموم من وجه و تعرض لمقتضی اعتبار الملکیة فی العوضین و هو عدم صحة بیع الماء و الکلاء و السموک و الوحوش من الحیوانات قبل اصطیادها و نحوها من المباحات التی تکون خارجة عن ملک الناس و یکون جمیعهم إلیها علی حد سواء و وضع الید علیها بعنوان التملک موجبا لدخوله فی الملک کما فی السموک و الوحوش أو یکون الملک بالاحیاء کما فی حفر الآبار و اجراء القنوات و نحوها کما ان مقتضی اعتبارها فی العوضین عدم جواز بیع الأراضی المفتوحة عنوة فإنها و ان تکون مملوکة للمسلمین الا ان ملکیتها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۶۷

....

لهم سنخ آخر لا الملک بان یکون لکل سهم معلوم من تلک الأراضی لیدخل ذلک الجزء بالإرث و غیره فی ملک الآخرین.

و کذا لیس ملکها للمسلمین کالملک فی الوقف الخاص لتکون منفعة العین الموقوفة ملکا للموقوف علیهم بنحو الإشاعة.

کما ان ملک تلک الأراضی لیس من قبیل ملک الزکاة للفقراء أو الملک فی الوقف العام کالوقف علی العلماء لتکون المسلمون کالموقوف علیهم فی الوقف العام و کالفقراء فی الزکاة و تکون منفعة تلک الأراضی أو عینها ملکا للقابض نظیر منفعة الوقف العام و عین الزکاة بل کون تلک الأراضی ملکا للمسلمین ان منفعتها تصرف علی مصالحهم.

أقول اعتبار قید الملک فی العوضین لا- یوجب خروج الأرض المفتوحة عنوة عن موارد البیع لأن المذکور فی العوضین هو اعتبار الملک لا الملک بنحو الإشاعة أو کونه بنحو آخر مع أنه لا یعتبر فی البیع الملکیة فی العوضین بمعنی ان یکون کل منهما ملکا قبل البیع بل ما یصح تملیکه بعوض کما فی بیع الکلی علی الذمة کاف فی تحقق عنوان البیع.

و اما اعتبار کون المبیع ملکا للبائع فیما کان عینا خارجیة أو من قبیل الکلی فی المعین فهو من قبیل الشرط الخارجی للبیع کما لا یخفی.

و المتحصل أن عدم جواز بیع الأراضی الخراجیة حتی فیما إذا کان بائعها و الی المسلمین باعتبار النهی عنها لا أنها غیر مملوکة نعم یصح التعبیر عنها بعد ملاحظة النهی المزبور بعدم کونها ملکا طلقا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۶۸

....

ثم ان موجب الملک بحسب الاستقراء قسمان الأول- النواقل القهریة سواء کان فی البین فعل اختیاری کإلقاء البذر فی أرض صالحة للزرع أم لم یکن کما فی الملک بالإرث.

و الثانی- النوافل الاختیاریة و هذه النواقل اما من الأفعال الخارجیة کالأحیاء بالمباشرة و وضع الید علی المنقول من المباحات و اما من قبیل المعاملات کالاشتراء و الإجارة و غیرهما من المعاملات و اما من قبیل المجموع من الفعل الخارجی و المعاملة کالأحیاء أو وضع الید بالتسبیب.

و ما یعتبر ملکا و ما لا یکون من قبیل الأعیان أو المنافع أو الحقوق و کما ان اعتبار المالیة فی الأعیان یکون غالبا بملاحظة منافعها الا ان مالیة الأعیان و ملکها غیر مالیة و ملکیة منافعها کذلک الحال فی المنافع و الأعمال فإن مالیة العمل و ان یلاحظ فیها الأثر المترتب علیه غالبا الا ان مالیتها غیر مالیة الأثر لها فإنه إذا فرض أن الأرض و ادواة البناء یساوی عشرة آلاف و الأجرة المعینة للبناء أیضا عشرة آلاف و فرض ان البیت الحاصل بعد تمام البناء یساوی ثلاثین آلاف فلا یحسب مالیة البیت مالیة للعمل العمال.

و لعمری ان هذا کله من الواضحات و التعرض لها فی المقام باعتبار وسوسة بعض لتشویش أذهان المؤمنین و سوقهم إلی أطراف بعض القواعد الموضوعة من بعض الأقوام من الملحدین زعما منهم ان تلک القواعد أصلح لحال الجامعة و ربما وصلت الجریة إلی حد یتمسک لإثبات بعض تلک القواعد الضالة ببعض الآیات مثل قوله سبحانه لَیْسَ لِلْإِنْسانِ إِلّا ما سَعی و لکن ملاحظة صدرها و ذیلها شاهد لعدم ارتباطها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۶۹

[أقسام الأراضی]

اشارة

الأرض اما موات و اما عامرة (۱)

[الأول: ما کان مواتا بالأصل]

بالملکیة و لا المالیة فضلا عن دلالتها علی انحصار موجبهما و تحدید المالیة فی الأشیاء بالعمل بل أنها ناظرة إلی أن الإنسان سیری ما تحمله فی دار الدنیا من الجزاء لتعبه و انه لا ینفعه الا ذلک التعب و السعی و ان غیره زائل.

(۱) الأول- ما کان مواتا بالأصل أی لم یسبق بالعمارة من أحد و یمکن إحراز ذلک فی مورد الشک باستصحاب عدم حدوث عمارتها.

و ذکر (ره) انه لا خلاف بیننا فی ان الأرض المزبورة ملک الامام (ع) لکونها من الأنفال علی ما وردت فی غیر واحد من الروایات. نعم قد رخص النبی (ص) و من بعده الأئمة علیهم السلام فی التصرف فیها فیها بالاحیاء و العمارة بلا عوض و فی النبوی المروی فی بعض کتب الأخبار للعامة موتان الأرض للّه و رسوله ثم هی لکم منی أیها المسلمون و فی النبوی الأخر عادی الأرض للّه و لرسوله ثم هی لکم منی.

ورود فی بعض الروایات وجوب أداء خراجها الی الامام (ع) کما فی روایة أبی الکابلی المعبر عنها فی عبارته بالصحیحة قال وجدنا فی کتاب علی ان الأرض للّه یورث من یشاء و العاقبة للمتقین قال انا و أهل بیتی الذین أورثنا اللّه الأرض و نحن المتقون و الأرض کلها لنا فمن أحیی من الأرض من المسلمین فلیعمرها و لیؤد خراجها الی الامام من أهل بیتی و له ما أکل منها.

و روایة عمر بن یزید المعبر عنها بالمصححة فی عبارته و لم یظهر وجه توصیفها بالمصححة لاشتراک عمر بن یزید بین الثقة و غیره.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۰

....

و دعوی انصرافه إلی الثقة لا یمکن المساعدة علیها لان کل منهما صاحب الکتاب فتدبر انه سئل أبو عبد اللّه (ع) عن رجل أخذ أرضا مواتا ترکها أهلها و عمرها و أجری أنها رها و بنی فیها بیوتا و غرس فیها نخلا و شجرا فقال أبو عبد اللّه (ع) کان أمیر المؤمنین (ع) یقول من أحیی أرضا من المؤمنین فهی له و علیه طسقها یؤدیه الی الامام فی حال الهدنة فإذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی أن یؤخذ منه.

و وجه (ره) الجمع بین الطائفتین بحمل الثانیة علی استحقاق الامام (ع) المطالبة بالخراج فیجب علی الناس معها إیصاله الیه و لکن الأئمة علیهم السلام قد حللوا لشیعتهم الخراج و لم یطالبوهم به کما هو مقتضی قوله (ع) ما کان لنا فهو لشیعتنا و قوله (ع) فی روایة مسمع بن عبد الملک کلما کان فی أیدی شیعتنا من الأرض فهم فیه محللون.

و نقل عن التذکرة فی وجه الجمع ان مع التصرف فی أراضی الموات بغیر اذن الامام (ع) یکون علی المتصرف الخراج و ذکر وجها ثالثا فی وجه الجمع و هو ثبوت الخراج علی المتصرف حال الحضور و اما فی زمان الغیبة فلا ینبغی الریب فی عدم الخراج بل الأخبار متفقة علی انها ملک لمن أحیاها و سیأتی حکایة الإجماع علی کونها ملکا بالاحیاء.

و ذکر النائینی (ره) ان ما دل علی الإباحة للشیعة یحمل علی ان الغرض الأصلی هو الاذن لهم و حیث لم یکن اختصاص الحکم بالملک لهم بالاحیاء خالیا عن المحذور عمم الشرع الحکم بان کل من أحیی من الأرض المیتة التی من الأنفال یکون ملکا له و لعل المحذور ان مع الاختصاص لا یمکن حلیة المساکن المشتراة من الکفار للشیعة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۱

....

و یکون ذلک نظیر حکمة تشریع العدة فإنها مختصة بمورد اختلاط المیاه و لکن الحکم عام.

و یشهد لعموم الاذن فی المقام ما ورد فی شراء الأرضین من الیهود و النصاری و فی صحیحة محمد بن مسلم قال سألته عن شراء الأرض من الیهود و النصرانی قال لیس به بأس و فی صحیحة أبی بصیر قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن شراء الأرضین من أهل الذمة فقال لا بأس بأن یشتریها منهم إذا عملوها و أحیوها فهی لهم ثم قال (ره) و الظاهر عدم تعلق الخراج بالأرض و دخولها فی الملک بالاحیاء و مقتضی ذلک اغماضه (ره) عن الروایات الدالة علی ثبوت الخراج و طرحها أو تأویلها کما لا یخفی.

أقول و ما ذکره المصنف (ره) من حمل أخبار أداء الخراج علی بیان الاستحقاق خلاف ظاهر مثل روایة أبی خالد الکابلی فإن

مقتضاها لزوم أداء الخراج و عدم دخول الأرض فی ملک المحيی إلی ظهور القائم كما ان حمل الأخبار الدالة علی كون الأحياء مملكا لا يمكن حملها علی خصوص زمان الغيبة.

و ما ذكره الشهيد (ره) من ثبوت الخراج علی المستعمل فی فرض الأحياء بلا اذن غير صحيح فإنه قد ذكر الاذن العام لكل من المسلمين مع ثبوت الخراج عليه.

و ما ذكره النائينی (ره) من ان الغرض الأصلی الاذن و التحليل للشيعة و وقع الاذن للعموم حتی لا يكون فی البين محذور للشيعة غير صحيح فإنه مع ان اختصاص التحليل لا يوجب محذورا كما ذكرنا ذلک فی تحليل الخمس للشيعة من ان التحليل راجع الی غير من تعلق الخمس بالمال بيده جمعا بين روايات التحليل و ما دل علی وجوب إخراج الخمس علی من استفاد المال مع فرضه من الشيعة مقتضی بعض الاخبار عدم عموم

إرشاد الطالب إلی التعليق علی المكاسب، ج۳، ص: ۷۲

....

الاذن و قد ورد فی رواية مسمع ان كسب غير الشيعة من الأرض حرام مع ان الجمع بين ثبوت الخراج علی المحيی كما مدلول بعض الاخبار مع دلالة غير واحد من الاخبار علی دخول الأرض فی ملک المحيی بظاهره غير ممكن.

و ذكر الإيروانی (ره) ان ظاهر غير واحد من الروايات كون الأحياء مملكا حتی المخالف و الكافر كصحيحة محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصاری قال ليس به بأس الی ان قال و أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها و هی لهم.

و فی صحيحة الأخری عن ابی جعفر (ع) أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها.

و رواية محمد بن مسلم و لا يبعد كونها معتبرة لأن محمد بن حمران الراوی عن محمد بن مسلم هو الهندی الثقة قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول أيما قوم أحيوا من الأرض شيئا و عمروها فهم أحق بها و هی لهم و فی صحيحة الفضلاء عن ابی جعفر و ابی عبد اللّه عليهما السلام قالا قال رسول اللّه (ص) من أحيی أرضا مواتا فهی له الی غير ذلک مما ظاهرها كون الأحياء مملكا لا ان النبی (ص) أو الإمام (ع) قد اذن فی الأحياء و التملک بإباحة مالكية و اختصاص تلک الإباحة بالمسلمين كما هو ظاهر النبويين.

و الروايات الواردة فی ثبوت الخراج لا دلالة لها علی كون الخراج أجرة الأرض لتنافی ثبوته علی مستعمل الأرض تملک الأرض بالإحياء بل هو نظير الصداق قرار مالی يثبت علی المتملک.

و الحاصل ان الأرض ما دامت ميتة فهی من الأنفال ملک الامام (ع) و بعد الأحياء

إرشاد الطالب إلی التعليق علی المكاسب، ج۳، ص: ۷۳

....

يخرج عن ملكه و يثبت علی المتملک القرار المالی الموسوم بالخراج و يمكن القول بأن الأرض للإمام عليه السلام حتی بعد تملكها بالاحياء و لكن الملک الثابت للإمام غير سنخ الملكية الاعتبارية بل هی نظير ملک اللّه سبحانه السموات و الأرض انتهی.

أقول و يشهد لكون الخراج ليس بمعنی أجرة الأرض مثل صحيحة محمد بن مسلم قال سألته من أهل الذمة ما ذا عليهم مما يحقنون به دمائهم و أموالهم قال الخراج و ان أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل إلی أرضهم و ان أخذ من أرضهم فلا سبيل الی رؤوسهم حيث ان مقتضاها جواز أخذ الخراج من أهل الذمة مع فرض كون الأرض ملكهم و علی ذلک فلا يكون ثبوت الخراج علی الأرض بإحيائها منافيا لدخولها فی ملک محييها و لو كان الدال علی ثبوته تاما لما وقع التعارض بينه و بين ما يدل علی دخول الأرض بالإحياء

فی ملک محییها بل یلتزم مع الملک بثبوته الا ان ما ورد فیه الخراج غیر تام سندا بل دلالة و ما یظهر منه- عدم دخول الأرض فی ملک المحیی کذیل روایة عمر بن یزید المتقدمة من قوله فإذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی ان تؤخذ منه و وجه الظهور انه لو کانت الأرض ملکا للمحیی فلا وجه لأخذها منه و کذلک ما ورد فی روایة مسمع من قوله یا أبا سیار الأرض کلها لنا مضافا الی ضعف السند- لا یمکن الأخذ بظاهر الذیل فإنه لو لم یکن الأحیاء مملکا فلا- أقل من کونه موجبا لثبوت الحق للمحیی و مع ثبوت حقه فکیف یؤخذ الأرض منه و الأرض فی روایة مسمع یمکن ان یراد به أرض البحرین التی ورد الروایة علی أنها من الأنفال و لذلک ذکر ان کلها للإمام (ع) و ما ذکر فی ذیلها فان کسبهم من الأرض حرام علیهم حتی یقوم قائمنا فیأخذ الأرض من أیدیهم و یخرجهم منها صغرة لا یمکن الأخذ بظاهره لما ذکرنا فی ذیل روایة عمر بن یزید کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۴

....

و المتحصل الی هنا ان مقتضی الروایات المعتبرة أن إحیاء الأرض موجب لدخولها فی ملک المحیی سواء کان محییها شیعیا أو مخالفا أو کافرا.

و یبقی الکلام فی ان الأحیاء مملک بحکم الشرع أو أنه لإذن مالکی حیث ان رسول اللّه (ص) و من بعده الأئمة علیهم السلام أذنوا فی ذلک مقتضی کون الأرض المیتة من الأنفال و کونها لرسول اللّه (ص) و من بعده للإمام یضعه حیث شاء کون الأحیاء کذلک بالاذن و ان الاذن العام قد صدر عنهم علیهم السلام کما هو مقتضی ما ورد فی جواز شراء الأرض من الکافر و ان أیما قوم أحیوا أرضا فهی لهم و لکن ظاهر بعض الروایات ان کون الأحیاء مملکا بحکم الشرع و فی معتبرة السکونی عن ابی عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) من غرس شجرا أو حفر وادیا لم یسبقه إلیه أحد أو أحیی أرضا میتة فهی له قضاء من اللّه و رسوله و لکن لا یظهر للنزاع ثمرة عملیة بعد فرض ثبوت الاذن العام بل یحتمل ان یکون المراد من الثانیة عدم تقطیع النبی (ص) و الأئمة علیهم السلام الأراضی المیتة أو بعضها لأشخاص خاصة فیوافق الاذن.

و ما ذکر فی بعض الروایات کصحیحة أحمد بن محمد بن ابی نصر من قوله (ع) من أسلم طوعا ترکت أرضه فی یده و أخذ منه العشر و نصف العشر فیما عمر منها أخذه الوالی فقبله ممن یعمره و کان للمسلمین لا دلالة فیه علی اختصاص الإذن بالاحیاء بالمسلم حیث ان المفروض فی موردها إسلام أهل الأرض کما لا یخفی.

فقد تحصل أنه لا خراج علی الأرض المیتة التی من الأنفال بعد إحیائها لیدعی حلیته للشیعة أو یجمع بین الروایات باختصاص الحلیة ببعض الأزمنة و لا یعم بعضها الأخر فلاحظ الکلمات و تدبر و اللّه سبحانه هو العالم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۵

[الثانی ما کانت عامرة بالأصالة]

الثانی ما کانت عامرة بالأصالة (۱)

---

(۱) الثانی- و هی ما تکون عامرة بالأصالة لا من محی کالاجام أی الأشجار الملفوفة کما فی الغابات و سواحل الأنهار و مقتضی ظاهر الأصحاب کونها أیضا للإمام (ع) حیث أطلقوا أن کل أرض لم یجر علیه ملک مسلم فهو للإمام (ع) و لم یقیدوا الأرض بالمیتة کما أن کونها له (ع) مقتضی بعض الروایات الواردة فی الأنفال کموثقة إسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الأنفال فقال هی القری التی خرجت و انجلی عنها أهلها الی ان قال و کل ارض لا- رب لها حیث ان العموم یشمل المعمورة بالأصالة و مثلها روایة

العیاشی عن ابی بصیر عن ابی جعفر (ع) قال لنا الأنفال قلت و ما الأنفال قال منها المعادن و الآجام و کل ارض لا رب لها و کل ارض باد أهلها فهو لنا.

و عن صاحب الجواهر (ره) ان المعمورة بالأصالة لیست من الأنفال بل هی کسائر المباحات الأصلیة کالسمک فی البحر و سائر الحیوان فی البر و ذلک لتقیید الأرض بالمیتة فی مرسلة حماد حیث عد فیها من الأنفال کل أرض میتة لا رب لها، و أجاب بأن الوصف لیس له مفهوم لیوجب تقیید الإطلاق فی المثبتین مع عدم وحدة الحکم فیهما هذا أولا.

و ثانیا علی تقدیر المفهوم لیس للوصف فی المقام مفهوم باعتبار کون القید فی المقام واردا مورد الغالب لان الغالب فیما لا رب له کونها مواتا.

و دعوی أنه لا- یمکن التمسک بالإطلاق أیضا لکونه محمولا علی الغالب أی الأرض المیتة لا یمکن المساعدة علیها لأن کون القید غالبیا معناه أن أخذه باعتبار کثرة وجوده و من الظاهر أن مجرد کثرة الوجود لا یوجب الانصراف، حیث

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۶

....

ان الموجب للانصراف أنس الأذهان، مع أن العموم فی المقام بالوضع لا بالإطلاق.

أقول أضف الی ذلک ان التقیید المزبور قد ورد فی مرسلة حماد و لإرسالها لا یمکن الاعتماد علیها، و مع الفض عن السند ان تقیید الأرض بالمیتة فیها باعتبار ذکر حکم المعمورة بالأصل قبل ذلک حیث ورد فیها ان الأنفال کل أرض خربة باد أهلها و کل ارض لم یوجف علیها بخیل و لا رکاب و لکن صالحوا صلحا و أعطوا بأیدیهم علی غیر قتال و له رؤوس الجبال و بطون الأودیة و الآجام و کل أرض میتة لا رب لها الحدیث فان المراد بالآجام بمناسبة الحکم و الموضوع و بقرینة المذکور قبله و بعده لیس نفس الأشجار الملتفة، بل هی مع الأرض التی فیها الأشجار.

و قد یجاب عن شبهة التقیید المزبور ان الناظر فی الروایات الواردة فی الأنفال یجد منها ما علیه سیرة العقلاء من ان کل ما لا یکون له مالک خاص أرضا کانت أو غیرها للحکومة من غیر فرق بین کونها میتة بالأصل أو بالعارض أو کانت معمورة و ان الامام (ع) فی کل عصر مالک لتلک الأرض أو غیر هافله و ضعهما حیث یشاء بالاذن للسائرین فی التصرف فیهما و تملکهما بالاحیاء و الحیازة.

و علی ذلک فلا یکون تقیید الأرض بالمیتة للاحتراز عن المعمورة لأن المیتة کالمعمورة بالأصل لا خصوصیة لها کما ان الأرض لا خصوصیة لها حیث الدخیل و الموضوع لملک الامام (ع) عدم کون الشیء مملوکا لمالک.

أقول لم یعلم جریان السیرة من العقلاء علی اعتبار شیء ملکا للدولة مع خروجه عن استیلائهم کالبحار و السمک فیها کما هو الحال فی الأنفال حیث تکون الآجام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۷

....

و المعادن فی أقصی نقاط الأرض ملکا للإمام و لو مع عدم استیلاء المسلمین علیها فضلا عن الامام (ع) بل لو کان الأمر کما ذکر طال بقاه لم یکن السمک أو المرجان فی البحر من المباحات بل کانا من الأنفال أیضا مع انه قد التزم بکونهما من المباحات.

و المتحصل أنه بعد الالتزام بأنه لا- یکون کل ما لیس له مالک ملکا للإمام (ع) و داخلا فی عنوان الأنفال فلا بد فی تحدیدها من ملاحظة الروایات الواردة فیها، و قد تقدم ان مقتضی العموم فی بعض الروایات المعتبرة أن منها الأراضی المعمورة بالأصل.

ثم انه هل یدخل هذا القسم من الأرض فی الملک بمجرد وضع الید و الحیازة فظاهر المصنف (ره) دخولها فی الملک و یقتضیه قوله

(ص) من سبق الی ما لا یسبقه إلیه أحد فهو أحق به.

و لکن لاـ یخفی ان النبوی لضـعفه سـندا لاـ یمکن الاعتماد علیه، فإنه مروی فی المسـتدرک مرسـلا، و مع الإغماض لا دلالـهٔ له علی جواز التملک و صیرورته ملکا بالسبق، و انما یدل علی ثبوت الحق بمعنی عدم جواز مزاحمهٔ الغیر.

بل لا یبعـد ان یقال بعدم الإطلاق له فی ناحیهٔ جواز السـبق أیضا بأن یدل علی جواز السـبق الی کل شـیء و لو کان مملوکا للغیر لیعم جواز السـبق إلی الأـرض المعمورهٔ التی ملـک الامام (ع)، و انما یـدل علی أحقیـهٔ السابق فی موارد ثبت فیها جواز السـبق من الخارج کالسبق الی الخانات و المباحات الأصلیهٔ.

و التزم النـائینی (ره) بـدخول الأـرض المحیاهٔ بالأصالـهٔ فی الملک بعـد المناقشـهٔ فی النبوی- لما ورد عنهم علیهم السـلام أنهم أباحوا لشیعتهم ما کان لهم، و ما ورد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۸

[الثالث ما عرض له الحیاهٔ بعد الموت]

الثالث ما عرض له الحیاهٔ بعد الموت (۱)

فی التحلیل و ان کان مختصا بخصوص الشیعهٔ الا انه قد تقدم ان مقتضی تعلیل الإباحهٔ بأن تطیب ولادهٔ الشیعهٔ کون التملک بالتصرف عاما لکل أحد.

و فیه ما لا یخفی لعدم وفاء تلک الاخبار عن کون السبق إلی الأرض مملکا بل غایتها جواز الانتفاع بالأراضـی المعمورهٔ و انما التزمنا فی الأراضـی المیتـهٔ بجواز تملکها بالاحیاء للروایات الدالهٔ علی کون الأحیاء و عمارهٔ الأرض مملکا و من الظاهر أنه لا یصدق الأحیاء و العمارهٔ بمجرد السبق و وضع الید علی الأرض نعم فی مضمرهٔ سماعهٔ و أیما قوم أحیوا شیئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها و هی لهم.

و ربما یستظهر منها کما عن المحقق الإیروانی کون الحیازهٔ أیضا مملکا کالأحیاء حیث یصدق علی الحیازهٔ العمل فی الأرض کما إذا کانت التحجیر و نحوه و فیه انه لا یحرز صدق عمل الأرض الأعلی استعمالها بالزرع و نحوه الذی قسم من الأحیاء و یکون عطفه علی الأحیاء من عطف الخاص علی العام.

و اما دعوی سیرهٔ العقلاء علی کون الحیازهٔ و وضع الیـد مملکا ففیها ان الثابت من سـیرهٔ العقلاء کون وضع الیـد علی المنقولات کما ذکر و امـا فی غیر المنقولـات کالأراضـی فلـم یثبت سیرتهم علی کـون مجرد وضـعها موجبـا لـدخول الأـرض أو نحوهـا فی الملک الشخصی لو أضع الید فلا حظ، نعم سیرتهم جاریهٔ علی ثبوت الحق للسابق بمعنی عدم جواز مزاحمهٔ الغیر فی الانتفاع، و جواز الانتفاع کذلک مستفاد من الاخبار الواردهٔ فی تحلیل حقهم علیهم السلام للشیعهٔ أیضا و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) المراد طریـان الأحیـاء علی الموات بالأصالـهٔ و امـا إحیـاء الموات بالعرض فسـیأتی التعرض له و کون الأحیاء فی الموات بالأصـل مملکا مقتضی ظاهر الروایات المتقدمهٔ و اما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۷۹

[الرابع ما عرض له الموت بعد العمارهٔ]

اشارهٔ

الرابع ما عرض له الموت بعد العمارهٔ (۱)

الالتزام بعدم ملك الرقبة بل ملك الانتفاع كما يشعر به كلام المبسوط فلا يساعده تلك الروايات.

و اما الشروط المذكورة فى كتاب الأحياء فأربعة الأول- ان لا يكون الأرض الموات حدا لعامر و الا فلا يكون ملكا بالاحياء الثانى- ان لا يكون مقطعا من النبى (ص) أو الوصى (ع) لأحد الثالث- ان لا يكون الأرض مقررا للعبادة كأرض المعنى و موقفى العرفة و المشعر الحرام الرابع ان لا يسبق اليه حق التحجير و مع تعلقه لا يدخل الأرض فى ملك المحيى.

(١) القسم الرابع ما لو خربت الأرض المحياة فإن كانت الأرض معمورة بالأصل تكون باقية على ملك الامام (ع) لأن الخربة كالمعمورة بالأصل من الأنفال و ان كانت معمورة معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها عن ملكه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف مذكور فى كتاب احياء الموات و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار حيث قيل ان مقتضى ما دل على ان من أحيى أرضا فهى له و أيما قوم أحيوا أرضا فهم أحق بها و هى لهم دخولها فى ملك من عمرها ثانيا.

و يقتضيه أيضا صحيحة معاوية وهب قال سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فإن كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض للّه و لمن عمرها، و مقتضى صحيحة سليمان بن خالد بقائها على ملك مالكها السابق، و عدم صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يأتى الأرض الخربة فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه قال الصدقة قلت فان كان يعرف صاحبها قال فليؤد إليه حقه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌٣، ص: ٨٠

....

أقول لو لم تكن صحيحة معاوية بن وهب منصرفة إلى صورة أعراض مالكها السابق بقرينة قوله (ع) فيها فتركها فأخربها فلا أقل من كونها مطلقة تعم صورة إعراضه، كما أن مقتضاه عدم الفرق بين كون الملك للمالك السابق بالإحياء أو بغيره و لكن صحيحة سليمان خالد خاصة بصورة عدم الاعتراض حيث ان قوله فيها فان كان يعرف صاحبها معرفة المالك الفعلى و هذه الصحيحة أيضا مطلقة من جهة كون الملك للمالك المعروف بالإحياء أو بغيره فيرفع اليد عن إطلاق صحيحة معاوية بن وهب بقرينة الصحيحة الثانية بحمل الاولى على صورة إعراض المالك الأول.

و الحاصل بين الصحيحتين جمع عرفى و معه لا تصل النوبة إلى التخيير بين المتعارضين أو الالتزام بالتساقط و الرجوع الى استصحاب بقاء الملك للمالك السابق.

ثم ان ظاهر أخذ العلم و العرفان فى خطاب الحكم هو أخذه طريقا كما فى نظائره فظاهر قوله فان كان يعرف صاحبها فرض مالك فعلى للأرض و لذا لا يفرق فى بقاء الأرض على ملك المالك السابق بعدم الاعراض و نحوه بين كونه معلوما أو مجهولا فيعامل مع الأرض فى كلتا الصورتين معاملة ملك الغير فان كان مالكها معروفا يعتبر الاستيذان منه فى الأحياء و التصرف فيها و ان كان مجهولا فيرجع الى الحاكم الشرعى فى التصرف فيها كما هو فى سائر الأموال المجهول.

و عن التذكرة و تبعه جماعة ان ما طرء عليه الخراب من الأرض ان كانت مملوكة للغير بالاحياء فيزول ملكه بالخراب و اما إذا كانت مملوكة له بانتقالها اليه بالشراء أو الإرث و نحو هما فلا يزول ملكه عنها بمجرد صيرورتها ميتة و قال انه على عدم زوال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌٣، ص: ٨١

....

الملک فی الصورهٔ الثانیهٔ إجماع و لکن لم یعلم وجه لهذا التفصیل غیر ما ربما یستظهر من روایهٔ أبی خالد الکابلی حیث ورد فیها فمن أحیی أرضا من المسلمین فلیعمرها و لیؤد خراجها الی الامام (ع) و له ما أکل منها فان ترکها و أخربها فأخذها رجل من المسلمین من بعده فعمرها و أحیاها فهو أحق بها من الذی ترکها.

و فیه مع ما تقدم من ضعف الروایهٔ سندا و عدم إمکان الاعتماد علیها و اشتمالها علی حکم لا بد من إرجاعه إلی اهله و هو ثبوت الخراج علی معمرها و ان الأرض تؤخذ منه عند ظهور القائم (ع) أنها منصرفهٔ إلی صورهٔ إعراض المعمر الأول و لو بملاحظهٔ ان الأرض فی تلک الأزمنهٔ لم تکن نوعا ذات قیمهٔ بعد خرابها لیرغب فی التحفظ بها.

نعم علی تقدیر ثبوت الإطلاق و عدم الانصراف تقع المعارضهٔ بینها و بین صحیحهٔ سلیمان بن خالد بالعموم من وجه حیث ان صحیحهٔ سلیمان بن خالد الدالهٔ علی ثبوت حق المالک الأول عامهٔ من جههٔ ملک الأرض بالاحیاء و غیره و خاصهٔ من جههٔ عدم الاعراض و روایهٔ الکابلی الدالهٔ علی سقوط حق المالک الأول خاصهٔ من ملک الأرض بالاحیاء و عامهٔ من جههٔ إعراض المالک الأول و عدمه و بعد سقوطهما فی مورد اجتماعهما و هو ما إذا کانت الأرض مملوکهٔ للسابق بالاحیاء مع عدم إعراضه عنها یرجع الی عموم قوله (ع) أیما قوم أحیوا شیئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها و نتیجهٔ ذلک کون اللاحق أحق بالأرض.

اللهم الا ـ ان یقال ان العموم المزبور تعم المعمر الأول أیضا و مقتضی کون الأرض ملکا له عدم جواز الأحیاء من الثانی الا باذنه و لو وصلت النوبهٔ الی الأصل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۸۲

....

العملی أیضا فمقتضی الاستصحاب بقاء ملک الأول و عدم خروج الأرض عن ملکه بمجرد الخراب.

نعم إذا ترک الأرض خرابا بمدهٔ طویلهٔ من جههٔ عدم اعتنائه بالأرض المزبورهٔ ففیه کلام و هو انه قد ورد فی بعض الروایات ان تعطیل الأرض و ترکها مخروبهٔ یوجب خروجها عن ملک مالکها و هی روایهٔ یونس عن العبد الصالح (ع) قال قال ان الأرض لله تعالی جعلها وقفا علی عباده فمن عطل أرضا ثلاث سنین متوالیهٔ لغیر علهٔ أخذت من یده و دفعت الی غیره و من ترک مطالبهٔ حق عشر سنین فلا ـ حق له و مرسلته عن ابی عبد الله (ع) قال من أخذت منه ارض ثم مکث ثلاث سنین لا یطالبها لم یحل له بعد ثلاث سنین ان یطلبها و ظاهر هاتین الروایتین انتهاء الملک و الحق و سقوط الدین بتعطیل الأرض و ترک المطالبهٔ فی المدهٔ المزبورهٔ و لا اعرف من التزام بهذا الظهور مع ضعفهما سندا و معارضتهما بما فی نهج البلاغهٔ قال (ع) الحق جدید و ان طالت علیه الأیام و الباطل خذول و ان نصره أقوام.

نعم ربما یستظهر انه مع تعطیل المالک الأرض بعدم الاعتناء بها یجوز للآخرین التصرف فیها بالاحیاء من صحیحهٔ سلیمان بن خالد المتقدمهٔ حیث لم یتعرض فیها الامام (ع) للمنع عن الأحیاء مع فرض ان المحیی یعرف المالک.

و لکن لا ـ یخفی انه لو کان المراد من رد حق المالک الیه ما یعم رد نفس الأرض فلا موضوع للتعرض لإباحهٔ الإحیاء لوقوع السؤال بعد حصول الأحیاء خارجا و علیه فلو لم یکن الاستیذان من المالک أظهر أخذا بما دل علی ان حرمهٔ مال المسلم کدمه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۸۳

[بیع الأراضی المفتوحهٔ عنوهٔ]

اما ان تکون العمارهٔ فیه من المسلمین (۱) و قلنا بعدم اعتبار الإسلام ۲

فلا أقل من كونه أحوط من غير فرق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو غيره.

نعم إذا كانت المماطلة بحيث يوجب الخلل فى تهيئة القوت للناس فيمكن ان يقال بأنه مع امتناع المالك من استعمال الأرض بلا عذر انه يجوز للحاكم الشرعى إجبار المالك على دفع الأرض المزبورة للسائرين للاحياء بالزرع و نحوه و لو مع الأجرة لأن تحصيل القوت و الغذاء للناس واجب كفائى فيكون إجبارا على الواجب الكفائى و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) هذا تمهيد لبيان عدم جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة ثم انه قد تقدم ان الموات تدخل بالإحياء فى ملك المحيى سواء كان المحيى مسلما أو كافرا و بعد دخولها فى الملك لا- يزول الملك الا- بناقل أو بطريان الخراب بناء على خروج الأرض عن الملك بطروه كما هو أحد القولين المذكورين فى القسم الرابع.

و إذا كان الأحياء فى غير دار الإسلام فملكه يزول بما يزول به ملك المسلم و باغتنام الأرض منه كاغتنام سائر أمواله فإنه ان أسلم الكافر طوعا فيبقى الأرض كغيرها من سائر أمواله على ملكه و ان لا يسلم طوعا و رفعت يده عنها قهرا يكون الأرض كسائر ما لا ينقل من الغنيمة للمسلمين كافة على المعروف بل بلا خلاف و يشهد لذلك جملة من الروايات.

(۲) قد تقدم كون الأحياء مملكا حتى ما إذا كان المحيى كافرا كما هو مقتضى مثل قوله (ع) أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها و هى لهم حيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۸۴

ففى رواية أبى بردة الرجا (۱) لا- بأس ان يشترى حقه منها (۲) فيكون ذلك (۳) الا ان يستحيى من عيب ذلك (۴) الا من كانت له ذمة (۵)

يدخل فى العموم احياء الكافر و لو كان فى أرض الإسلام.

(۱) الرواية ضعيفة سندا لجهالة أبى برده نعم دلالتها كدلالة غيرها على كون ارض الخراج ملكا للمسلمين واضحة.

(۲) يعنى لا بأس ان يشترى حق البائع من الأرض و لا بأس ان يحول البائع حق المسلمين من اجرة الأرض على المشترى و بتعبير آخر يكون الخراج على المشترى و قوله لعله. فى مقام تعليل جواز الشراء و ان الجواز باعتبار انه ربما يكون المشترى أقوى على استعمال الأرض و أكثر تمكنا على أداء خراجها من البائع الذى يبيع حقه المتعلق بالأرض.

(۳) أى فيكون الباقى أرزاق أعوان الوالى و يصرف فى مصلحة ما يقصده الوالى من تقوية الإسلام بالجهاد و غيره.

(۴) شراء ارض الخراج و كون خراجها على المشترى فيه نوع خفة للشباهة لأهل الجزية و ربما لا يقدم بعض الناس على شرائها لذلك فذكر (ع) انه لو ترك الشراء للعيب المزبور فهو و ان يشترى بالنحو المزبور أى بأن يكون الخراج عليه فلا بأس.

(۵) أى إلا عن بائع كان عليه عهدة خراج الأرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۸۵

المراد انه لا يصح (۱) و دليله قرينة (۲)

---

(۱) و يبقى على المسالك ان القول بدخول الأرض المفتوحة فى ملك المتصرف فيها تبعا للآثار و زوال هذا الملك بزوال تلك الآثار خلاف ظاهر الروايات حيث ان مدلولها عدم كونها ملكا لشخص خاص لا حال التصرف فيها و لا قبلها بل غايته ان من بيده الأرض المزبورة له رفع يده عنها بالعوض كما هو الحال فى جميع موارد تعلق الحق بالعين بالسبق إليها أو غيره أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال.

(۲) يعنى استدلاله على جواز بيع الأرض برواية أبى برده الظاهرة فى جواز أخذ من بيده الأرض العوض لرفع يده عنها أو نقل ذلك

الحق إلى باذل المال قرينة على كون مراد المستدل من جواز بيع الأرض و شرائها جواز أخذ العوض على حقه منها.

و المتحصل من كلام المصنف ان الأقوال فى المعاملة و التصرف فى الأراضى الخراجية أربعة: الأول- عدم دخول رقبة الأرض فى الملك أصلا و لو تبعا للآثار و لكن يثبت الحق بها بالتصرف و الأحياء و المعاملة و هذا مختاره (قده) الثانى- عدم جواز التصرف و المعاملة عليها أصلا و لا يملك المتصرف فيها لا الأرض و لا الحق كما هو ظاهر عبارة المبسوط و قد حمل (قده) العبارة على أحد وجهين أحدهما ما إذا كان التصرف فيها بالإحياء أو غيره بلا استيذان من الامام حال حضوره و ثانيهما التصرف فيها بقصد تملك الأرض و ينسب التفصيل بين زمان الحضور و الغيبة كما هو الوجه الأول فى الحمل الى الدروس.

الثالث- ما عن الشهيد و المحقق الثانيين من دخول رقبة فى الملك تبعا للآثار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۸۶

....

و يزول الملك بزوال تلك الآثار.

الرابع: ما يوهم ظاهر عبارة التهذيب من دخول نفس رقبة الأرض فى الملك فيجوز المعاملة على الرقبة مستقلا و لكن الاستدلال على الحكم برواية أبى برده قرينة على كون مراده هو القول الأول.

و عن بعض الأجلة طال عزه أن الأراضى المفتوحة عنوة ليست ملكا لأحد بل هى أراضى محررة موقوفة على مصالح المسلمين و المسلمون ليسوا ملاكا للأرض بنحو الإشاعة أو بأى وجه كان و لا ملاكا لمنافعها كما انهم ليسوا مصرفا لتلك الأرض و ذكر فى وجه ذلك ان اعتبار الملكية للمسلمين من الموجودين بالفعل و من يوجد منهم الى آخر الدنيا أمر غير معقول أو بعيد و ليس للام ظهور فى الملكية كما فى قوله له الحمد و الملك و له الأسماء الحسنى و له ما فى السموات و الأرض الى غير ذلك.

بل ورد فى بعض الروايات ان الأرض المفتوحة عنوة فيء المسلمين و العدول عن ذكر الملك الى التعبير بالفيء فيه تأييد بل دلالة على عدم الملك.

أقول ظاهر اللام هى الإضافة الملكية لكن لا مطلقا بل فيما إذا كان المضاف فيه عنوان المال أو مصداقه مع كون المضاف اليه قابلا للمالكية كقوله لزيد هذا المال أو هذا البيت و اما فى غير ذلك كما إذا كان المضاف غير عنوان المال أو مصداقه كقوله له الأسماء الحسنى و له الحمد و الملك أو كان المضاف اليه غير قابل للمالكية كما فى قوله الجل للفرس فهذا غير مورد الظهور المزبور و قد تقدم مرارا ان الكلى الطبيعى قابل لاعتبار المالكية كما فى ملك الزكاة للفقراء و مال الوقف للموقوف عليهم كما فى الوقف العام و بعد كون الملكية بنفسها امرا اعتباريا تكون الملكية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۸۷

....

غير إنشائها و إمكان التفكيك بين المنشأ و الإنشاء ظاهر فيصح جعل الملكية لعامة المسلمين بنحو الإشاعة بمفاد القضية الحقيقة من غير لزوم قيام الموجود بالمعدوم و بعد دلالة الاخبار على عدم جواز بيع تلك الأراضى حتى فى مقدار الحصة التى بيد العامل عليها و نفى الإشاعة و الملك الشخصى يؤخذ بظاهر اللام فى الملك غاية الأمر يكون المالك العنوان العام كما فى ملك الزكاة.

و ما فى مرسلة حماد من كون الأرض المفتوحة عنوة موقوفة مع الإغماض عن سندها فلا دلالة لها على كونها وقفا حقيقة فإن الوقف كسائر المعاملات يحتاج إلى الإنشاء بل معنى كونها وقفا و لو بقرينة ما دل على انها للمسلمين كونها فى حكمه من عدم جواز بيع تلك الأرض أو نقلها الى الغير بالمصالحة و غيرها.

و التعبیر عن کون تلک الأراضی بفیء المسلمین لا یقتضی عدم کونها ملکا فإنه مضافا الی ضعف السند قد ورد فی بعض روایات ان الأنفال فیء للإمام (ع) مع ان الأنفال ملکه (ع) حتی عند هذا القائل الجلیل و فی صحیحة محمد بن مسلم عن ابی عبد اللّه (ع) انه سمعه یقول ان الأنفال ما کان من ارض لم یکن فیها هراقة دم أو قوم صولحوا و أعطوا بأیدیهم و ما کان من أرض خربة أو بطون أو دیة فهذا کله من الفیء و الأنفال للّه و للرسول فما کان للّه فهو للرسول یضعه حیث یجب و نحوها غیرها.

و یمکن ان یقال فی الثمرة بین کونها ملکا للمسلمین و بین کونها أراضی محررة فیما إذا وضع الغاصب یده علی تلک الأراضی بأنه لا یکون علیه ضمان بالإضافة الی ما أتلفه من المنافع المستوفاة بناء علی کونها محررة کما یأتی ذلک فی غصب المسجد و المشهد حیث لا یکون الاستیفاء المزبور إتلافا لمال الغیر أو تلفه بیده و یکون علیه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۸۸

....

الضمان بالاستیفاء المزبور بناء علی الأول حیث انه إتلاف لمال الغیر أو تلفه بیده و لو کان ذلک الغیر العنوان العام المتقدم.

و قد یقال کما عن النائینی (ره) بان البحث فی الأراضی المفتوحة عنوة قلیل الجدوی فان الحکم بأن الأراضی المزبورة ملک للمسلمین أی لعنوانه و ان الأرض لا تدخل فی ملک مستعملها و لذا لا یجوز له بیعها و شرائها و انما یکون وضع الید علیها بوجه مشروع موجبا لتعلق الحق بها و تصح المعاملة علی ذلک الحق مختص بالأراضی التی کانت حال فتحها معمورة و حیث ان تشخیص العمارة حال الفتح فی الأراضی المفتوحة غالبا غیر میسور و مقتضی الاستصحاب عدم عمارتها حاله فیترتب علی ذلک دخول الأراضی فی ملک المحیی و من یده علیها و هی محیاة یحکم بکونها ملکا له بقاعدة الید و لا یضر العلم الإجمالی بکون بعض الأراضی کانت حال فتحها معمورة و ذلک لخروج الأطراف الأخری عن محل الابتلاء.

و بتعبیر آخر قوله (ص) من أحیی أرضا فهی له لم یخرج عنه الا الأرض المفتوحة عنوة التی کانت معمورة حال فتحها و استصحاب عدم کون الأرض معمورة حال فتحها یدخل الأرض فی العموم المزبور و مع عدم إحراز إحیائها فمن یده علیها یکون مقتضی قاعدة الید کونها ملکا له و العلم الإجمالی بکون بعض الأرض کانت معمورة حال فتحها غیر ضائر لاعتبارها کما تقدم.

و یجری ذلک فی الأرض التی لا یعلم بکونها مفتوحة عنوة فإنه لو کان إحیائها ممن یده علیها یحکم بکونها له أخذا بعموم من أحیی أرضا میتا فهی له بضمیمة استصحاب عدم کونها مفتوحة عنوة أو استصحاب عدم کونها أرضا للمسلمین صلحا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۸۹

....

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۳، ص: ۸۹

نظیر الحکم بحلیة نکاح المرأة أخذا بعموم قوله سبحانه أحل لکم ذلک بضمیمة استصحاب عدم کونها أختا رضاعیا أو اما رضاعیا و نحو ذلک و فیما إذا کان وضع یده علیها و هی معمورة یحکم بکونها ملکا له بقاعدة الید علی قرار ما تقدم.

و قد یقال کما عن بعض الأجلة (دامت شوکته) ان استصحاب عدم الموضوع لا یثمر فی نفی حکمه الا إذا دل الخطاب الشرعی علی عدم الحکم بعدم الموضوع بان کان الموضوع قد ذکر له الحکم فی القضیة الشرطیة و نحوها کما فی قوله إذا بلغ الماء قدر کر لا

ینجسه شیء فان مفهوم الشرطیة ارتفاع الاعتصام عن الماء بارتفاع الکریة أو کان الموضوع قد نفی عنه الحکم المذکور له بانتفاء ذلک الموضوع فی خطاب آخر و یکون فی غیر ذلک نفی الحکم بنفی موضوعه مثبتا حیث ان انتفاء الحکم بانتفاء موضوعه عقلی لا شرعی و علی ذلک فلا یثمر استصحاب عدم کون الأرض مفتوحة عنوة فی نفی کونها للمسلمین و کذلک استصحاب عدم کونها معمورة حال فتحها الی غیر ذلک من موارد نفی الحکم باستصحاب نفی الموضوع.

أقول: یرد علیه أولا ان نفی کون الأرض معمورة حال فتحها أو نفی کونها مفتوحة عنوة أو أرض صلح علی أنها للمسلمین لیس لنفی الحکم بل لإثبات قید الموضوع للحکم حیث ان الشارع قد حکم بأن من أحیی أرضا لم تکن مفتوحة عنوة أو لم تکن حال فتحها معمورة أنها ملک لمحییها و احیاء الأرض محرز بالوجدان و عدم کونها معمورة حال فتحها أو عدم کونها مفتوحة عنوة أو وقوع الصلح علیها علی أنها للمسلمین محرز بالأصل فیتم موضوع ملک المحیی.

و ثانیا ان نفی الحکم الفعلی بنفی موضوعه لو کان مثبتا باعتبار ان نفی الحکم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۰

....

بانتفاء موضوعه عقلی لکان إثبات الحکم الفعلی بإثبات موضوعه ایضا مثبتا لان جعل الحکم لموضوع بنحو القضیة الحقیقیة یقتضی عقلا فعلیة ذلک الحکم بفعلیة موضوعه کما انه یلازم نفی فعلیته بعدم فعلیة موضوعه.

و الحل هو ان العلقة بین تحقق الموضوع و فعلیة الحکم کما حصل بجعل الشارع و إنشائه الحکم له بنحو القضیة الحقیقیة کذلک العلقة بین انتفاء الموضوع و عدم حصوله و بین عدم فعلیه الحکم قد حصلت بتلک العلقة فلا حظ موارد جریان قاعدة الفراغ أو الاستصحاب الجاری فی مقام الامتثال حیث یفید کل منهما سقوط التکلیف مع ان سقوطه بحصول متعلقة خارجا عقلی و السر فی عدم کون ذلک مثبتا ما ذکرنا من ان العلقة بین التکلیف و ذلک المتعلق قد حصلت بجعل الشارع فیکون حدوثه و سقوطه قابلا للتعبد.

و الحاصل کما ان الأصل یجری فی ناحیة إثبات الموضوع و یفید ثبوت حکمه کذلک یجری فی ناحیة عدم حصوله و یفید عدم فعلیة التکلیف أو سائر الحکم.

بقی فی المقام أمر و هو ان اعتبار عمارة الأرض حال فتحها فی کونها خراجیة و ان المیتة حال الفتح من الأنفال معروف بین الأصحاب و ذکروا فی وجه ذلک ان ما یکون للمسلمین هی الأرض المأخوذة من الکفار بعنوان الغنیمة و اما المأخوذة منهم فیما إذا کانت ملکا لغیرهم کالمغصوبة من مسلم فلا تدخل فی الغنیمة فاللازم ردها علی مالکها و المیتة من أراضیهم لم تکن ملکا لهم بل کانت من الأنفال التی کانت ید هم علیها ید عدوان.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۱

فالذی ینبغی ان یصرف الکلام هو بیان الوجه (۱).

و فیه ان عنوان الغنیمة لم تؤخذ فی کون الأرض المأخوذة للمسلمین بل المعتبر أخذ الأرض من الکفار بالقتال أو بالصلح و هذا یشمل المعمورة و المیتة بل یشمل المأخوذ منهم ما کانت ملکا لمسلم فی أیدیهم غایة الأمر إذا کانت لمسلم یحکم ببقائها فی ملکه لان ما دل علی حرمة مال المسلم و عدم تملکه بغیر رضاه یعارض ما دل علی دخول الأرض المفتوحة فی ملک المسلمین بالعموم من وجه و بعد تساقط الاطلاقین یرجع الی استصحاب بقائها فی ملکه.

و المعارضة بالعموم من وجه و ان تکون ملحوظة بین ما دل علی ان الأرض المیتة من الأنفال و بین ما دل علی کون الأرض المفتوحة

للمسلمین و مقتضی کون العموم فی ناحیة ما دل علی ان المیتة من الأنفال وضعیا تقدیمه و علی تقدیر تساقطهما فی مورد الاجتماع یکون الرجوع الی استصحاب بقاء المیتة علی کونها من الأنفال الا ان التقیید الوارد فی موثقة إسحاق بن عمار یدفع المعارضة حیث عد فیها من الأنفال الأرض الخربة التی لم یوجف بخیل و لا رکاب لان مقتضاه ان لا تکون المیتة المأخوذة بخیل و رکاب من الأنفال و مع ذلک کان الحکم فی المسألة متسالم علیه عندهم و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) یقع الکلام فی الموجب لجواز التصرف فی الأراضی الخراجیة لیثبت به حقّ الاختصاص المحکوم فی الروایات بجواز المعاملة علیه و ذکرا المصنف (ره) ان مع التمکن علی الاستیذان من الامام (ع) کما فی حال حضورة یجب الرجوع الیه أو الی الوالی من قبله أو وکیله باعتبار ان الأرض ملک المسلمین و الامام (ع) ولیهم فله (ع) نقل منفعة الأرض أو عینها.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۲

....

أقول المراد بنقل منفعة الأرض قبالتها أو إجارتها و اما نقل عینها فلم یظهر وجهه بعد کون تلک الأرض موقوفة متروکة غیر قابلة للنقل و الانتقال و ولایته (ع) مع النهی عن بیعها معللا بأنها للمسلمین الظاهر فی عدم قبولها لنقل العین لا تقتضی إلا نقل منافعها أو الاذن فی الانتفاع بها.

و اما فی زمان الغیبة فقد ذکر (ره) ان المحتمل أحد وجوه خمسة.

الأول- الرجوع فی التصرف فیها الی السلطان أو عماله ممن جوز الشرع أخذ الخراج منه مجانا أو معاوضة بل فی صحیحة الحلبی لا بأس ان یتقبل الأرض و أهلها من السلطان و لکن لا دلالة لها علی تعین ذلک و عدم موجب آخر للتصرف فی تلک الأراضی.

الثانی- جواز التصرف مطلقا ای بلا حاجة الی الاستیذان أو المعاملة لا مع السلطان و لا مع غیره فإنه مقتضی تحلیل الأرض للشیعة و یکون التحلیل بالإضافة إلی الأراضی القابلة للتملک إذنا فیه و فی غیر القابلة له إذنا فی التصرف و فی وضع الید علیها الموجب لثبوت حق الاختصاص و فی روایة عبد الملک عن ابی عبد اللّه (ع) یا أبا سیار کل ما کان فی أیدی شیعتنا من الأرض فهم فیه محللون الحدیث و بالجملة تخصیص التحلیل بالموات التی ملکه (ع) بلا موجب و یؤید هذا التحلیل ما ورد فی جواز أخذ الخراج جائزة أو معاوضة فإنه إذا جاز أخذ الخراج الذی کاجرة الأرض جاز أخذ نفس منفعة الأرض و التعبیر بالتأیید لإمکان دعوی ان جواز أخذ بدل منفعتها لا یلازم جواز تصرف الشخص فی الأرض استقلالا لان جواز الأول باعتبار إمضاء الشارع معاملة السلطان علی ما تقدم فی المکاسب المحرمة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۳

....

الثالث الرجوع الی الحاکم الشرعی فإنه نائب الامام و لا أقل من کون جواز التصرف فی تلک الأرض مع الرجوع إلیه قطعی و اما غیر هذا الفرض فیبقی فیما دل علی عدم الجواز وضعا أو تکلیفا.

و الرابع التفصیل بین من یستحق أجرة الأرض لکون صرفها علیه من مصالح المسلمین و بین غیرهم فإنه یستفاد جواز التصرف للأول من جواز تصرفه فی بدل منفعة الأرض و فی روایة أبی بکر الحضرمی قال (ع) علی ما فی الروایة المزبورة ما منع ابن ابی السماک ان یبعث إلیک بعطائک أما علم ان لک فی بیت المال نصیبا و لکن لا وجه لتصرف سائر الناس فی تلک الأراضی مجانا و لذا افتی غیر واحد علی ما حکی عنهم بعدم جواز حبس الخراج عن السلطان الجائر نعم استثنی بعضهم ما إذا دفعه الی نائب الإمام (ع).

الخامس التفصیل بین ما عرض له الموت من ارض الخراج فیجوز التصرف فیها بإحیائها کما هو مقتضی الترخیص فی الأحیاء و کون

المحیی مالکا للأرض أو أحق بها کما فی عمومات جواز الأحیاء و خصوص صحیحة سلیمان بن خالد و خصوصیتها باعتبار ورودها فی جواز إحیاء الخربة الظاهرة فی المیتة بعد عمارتها و بین الباقیة علی عمارتها فلا یجوز التصرف فیها إلا بأحد الوجوه المتقدمة و الأوفق بالقواعد هو الوجه الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

لا یخفی انه لو تم الوجه الأول أو الوجه الثانی فلا یختص شیء منهما بزمان الغیبة بل یعم زمان الحضور فان بعض ما ورد مما یستظهر منه أحد الوجهین موردهما زمان الحضور و فی موثقة إسماعیل بن فضل الهاشمی قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۴

فان مقتضی القاعدة کون ما یحدث بعد الفتح (۱)

رجل اکتری أرضا من أهل الذمة من الخراج و أهلها کارهون و انما یقبلها السلطان لعجز أهلها أو غیر عجز فقال إذا عجز أربابها عنها فلک أن تأخذها الا ان یضاروا الحدیث و فی صحیحة عبد اللّه بن سنان عن ابی عبد اللّه (ع) ان لی أرض خراج و قد ضقت أ فأدعها فسکت علی هنیئة ثم قال ان قائمنا لو قام کان نصیبک من الأرض أکثر منها الحدیث.

و علی ذلک فلا ینبغی الریب فی جواز أخذ أرض الخراج من السلطان و استعمالها و عمارتها بل یمکن ان یقال بجواز وضع الید علیها و لو باشتراء حقوق العاملین علیها بلا حاجة الی الاستیذان من أحد و بلا لزوم دفع خراجها الی السلطان أو غیره کما ربما یظهر من صحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) و عن الساباطی و زرارة عن ابی عبد اللّه (ع) انهم سألوهما عن شراء ارض الدهاقین من أرض الجزیة فقال انه إذا کان ذلک انتزعت منک أو تؤدی عنها ما علیها من الخراج قال عمار ثم اقبل علی فقال اشترها فان لک من الحق ما هو أکثر من ذلک نعم لو استولی علی الأرض من له ولایة شرعیة فی زمان الغیبة فلا یبعد ان یقال بلزوم دفع الخراج إلیه إذا طلبه حیث ان الأرض ملک للمسلمین و له صرفها فی مصالحهم و جواز الامتناع عن دفعه الظاهر من بعض الروایات المشار إلیها یختص بما إذا کان الحاکم علی الأرض الجائر و عماله فلاحظ.

(۱) إذا کان تلک الأمور تابعه للأرض زمان فتحها و باعتبار ذلک کانت محکومة کرقبة الأرض بکونها ملکا للمسلمین فلا یزول ملکهم بانفصالها و خروجها عن تبعیة الأرض کما هو الحال فی سائر الموارد التی یدخل الشیء فی ملک أحد تبعا للعین الأخری نعم لا یبعد ان یقال ان النهی عن بیع ارض المسلمین لا یعم لما بعد انفصالها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۵

[اعتبار کون الملک طلقا]

اشارة

و اعلم انه ذکر الفاضلان و جمع ممن تأخر (۱)

بل یلتزم بدخولها فی ملک من یضع یده علیها بوجه مشروع حیث ان وضع الید علیها کذلک کسائر ما یکون ملکا لعنوان عام و یصیر ملکا بالأخذ و السیرة مستمرة علی بیع ما یعمل من الأراضی الخراجیة من الکوز و سائر الظروف و نحوها و لم یرد فی شیء من الروایات الردع عن بیعها أو تملکها و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذکر الفاضلان و جمع آخر ان العوضین فی البیع یعتبر کون کل منهما مملوکا و کون ملکهما طلقا و فرعوا علی اشتراط الطلق

عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى و بيع الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته و لا بيع أم الولد إلا فى بعض الموارد و المراد بالطلق ان يكون سلطنة المالك بالإضافة إلى المال تامة بحيث يجوز له نقله مجانا أو بالمعاوضة و جواز النقل باعتبار عدم تعلق حق للغير به مانع عن نقله بلا اذن ذلك الغير.

و الوجه فى رجوع المراد بالطلق الى ذلك هو ان تمام السلطنة و كون المالك مطلق العنان فى التصرف فى معنى جواز نقله مجانا أو مع العوض.

و قوله (ره) (لمرجعه الى ان من شرط البيع) تعليل لقوله و لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله فيكون حاصل عبارة الفاضلين ان من شرط العوضين كونهما مملوكا بحيث يصح بيعهما و هذا لا معنى له فإن صحة البيع لا يكون شرطا فى صحته كما لا يمكن تفريع عدم صحة بيع الوقف أو الرهن أو أم الولد على الاشتراط المزبور بل عدم كون الملك وقفا أو رهنا أو أم الولد شرط و يتفرع على عدم تعلق تلك الحقوق بالعوضين صحة البيع و على تعلقها بطلانه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۹۶

ثم عنونوا حق الجانى (۱) النذر المتعلق بالعين (۲)

و على ذلك فليكن المراد بالطلق عدم تعلق الحقوق بالعوضين مما نهى الشارع عن البيع معها و هذه عبارة مختصرة منتزعة عن عدم تعلق تلك الحقوق و قولهم فلا يصح بيع الوقف و الرهن و أم الولد من قبيل تعداد تلك الحقوق و تفصيل لتلك العبارة لا من قبيل التفريع على الشرط فان الشرط فى الحقيقة عدم كون العوضين وقفا أو رهنا أو أم ولد و يتفرع على عدم تلك الحقوق كون الملك طلقا.

و الحاصل ان الشارع قد منع عن نقل المال فى بعض الموارد باعتبار تعلق حق الغير بالمال المزبور و ينتزع عن عدم تعلق الحق المزبور كون ملك المال طلقا فيكون العمدة التعرض للموارد التى قد منع الشارع عن بيع المال فيها باعتبار تعلق حق الغير به.

(۱) يعنى الحق المتعلق بالعبد الجانى ان لولى المجنى عليه الحق فى القصاص أو استرقاقه و فى كون هذا الحق مانعا عن تصرف مولاه ببيعه كلام يتعرض (ره) له فيما بعد.

(۲) لم يثبت كون تعلق النذر بالعين مانعا عن صحة بيعها فان وجوب الوفاء بالنذر تكليف فيكون بيع العين المنذورة مخالفة للتكليف المزبور و النهى عن معاملة لا يوجب فسادها خصوصا فيما إذا كان بعنوان خارجى و بهذا يظهر الحال فى صورة الحلف على عدم بيع العين.

و دعوى عدم جواز بيع العين المنذورة لتعلق حق اللّه أو تعلق حق الفقراء بها لا يمكن المساعدة عليها فان الالتزام بالفعل اللّه كما هو مفاد النذر نظير الالتزام بالفعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۹۷

و الخيار المتعلق به (۱) و الارتداد (۲)

للمشروط له فى الشرط فى العقود لا يكون تمليكا لذلك الفعل فضلا عن تعلق حق المشروط له بالعين التى يتعلق بها ذلك الفعل بل تمليك الفعل كما هو مفاد عقد الإجارة لا يقتضى تعلق حق للمستأجر بالعين بل المستأجر يتملك الفعل المتعلق بها خاصة كما لا يخفى.

و الحاصل ان اللام فى قول الناذر للّه على ان أتصدق بالمال نظير قول المشروط عليه فى ضمن عقد على ان أخيط لك هذا الثوب ليست للملكية بل لمجرد التعدى و كون مدخولة طرف الالتزام بل على تقدير كونها للملك فلا تقتضى تملك الفعل تعلق حق

للمتملک بالعین التی یتعلق به الفعل.

(۱) ای الخیار المتعلق بالعین. أقول الخیار کما یأتی فی بحث الخیارات حق متعلق بالعقـد لا بالعین فیکون الذی الخیار حق فسخ العقد و إزالته و ثبوت هـذا الحق بل و استیفائه لا یتوقف علی بقاء العوضـین بل یصـح لـذی الخیار فسخه حتی بعد تلف العین فی ید الآخر غایة الأمر یرجع مع فسخ المعاملة إلی بدل العین من المثل أو القیمة.

نعم فیما إذا کان المشـروط علی الآخر إبقاء العین و عـدم نقلها عن ملکه زمان الخیار کما لا یبعد ذلک فی بیع الخیار حیث یکون فیه اشتراط من البائع علی المشتری بإبقاء العین فی المدة المضـروبة للخیار فلا یجوز للمشتری بیعها تکلیفا لوجوب الوفاء بالشـرط و الوفاء بالعقد و لا یوجب ثبوت حق للبائع فی العین لیوجب ذلک فساد التصرف فیها.

(۲) یعنی ارتداد العبد المسلم فإنه یکون بالارتداد فی معرض التلف بالقتل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۸

و تعیین الهدی للذبح (۱) و اشتراط عتق العبد فی عقد لازم (۲) و التدبیر المعلق علی موت غیر الولی (۳)

حدا حتی فیما إذا کان ارتداده ملیا حیث انه ایضا فی معرض التلف بالقتل بعدم توبته بعد اسـتتابته هذا و لکن کون الشـیء فی معرض التلف لا یمنع عن بیعه غایة الأمر یثبت للمشتری الجاهل بالحال خیار الفسخ بالعیب المزبور کما لا یخفی.

(۱) و فی صـحیحة الحلبی قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یشتری البدنة ثم تضل قبل ان یشـعرها و یقلدها فلا یجدها حتی یأتی منی فینحر و یجد هدیه قال ان لم یکن قد أشعرها فهی ماله ان شاء نحرها و ان شاء باعها و ان کان قد أشعرها نحرها.

و یمکن ان یقال انه لا یسـتفاد منها أزیـد من وجوب ذبـح الحیوان أو نحره نظیر الحیوان المنـذور ذبحه و التصدق بلحمه لا النهی عن بیعه لیقال بظهور النهی فی فساده فتدبر.

(۲) لا یخفی ان اشتراط عتقه من شـرط الفعل فیجب علی المشروط علیه الوفاء به و مع عدم وفائه یجوز للمشروط له فسخ العقد الذی اشترط فیه عتق العبد و إذا فرض خروج العبد عن ملک المشـروط علیه بالبیع أو غیره قبل الفسخ المزبور فیرجع المشـروط له الیه ببدل ذلک العبد.

و کیف کان فلا یوجب اشتراط العتق نقصا فی ملک العبد و خروجه عن الطلق کما تقدم فی شرط الخیار.

(۳) و علیه روایة و مقتضاها انعتاقه بموت من علق انعتاقه علی موته و عدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۹۹

و تعلق حق الموصی له (۱) و تعلق حق الشفعة (۲) و تغذیه الولد المملوک (۳) و کونه مملوکا (۴)

نفوذ التصرفات المنافیة لذلک من الورثة.

(۱) لا یبعد ان یکون المال فی الوصـیة التملیکیة ملکا للموصـی له بموت الموصی بلا حاجة الی قبوله نعم یکون للموصی له رد المال و إخراجه عن ملکه و علی تقدیر القول بالحاجة إلی القبول یبقی الموصـی به فی ملک الموصی فإن المنتقل إلی الورثة من الترکة هو غیر الموصی به فیما إذا لم یکن زائدا علی الثلث و تمام الکلام فی محله.

(۲) لا یخفی ان تعلق حق الشـفعة فی الفرض و کون الشفیع متمکنا علی إبطال التصرفات الجاریة علی المبیع بأخذه بحق شفعته أجنبی عن مورد الکلام فان مع تعلقها لا یلزم تلک التصـرفات فتکون فی معرض البطلان بالأخـذ بالشـفعة و کلامنا فی اشتراط البیع و توقف صحته علی کون الملک طلقا بان لا ینعقد البیع مع عدمه.

(۳) لو اشتری امـة حلبی مع حملها فعلیه ترک وطئهـا إلی أربعـة أشـهر و عشـرة أیام من مبـدء حملها علی کلام فی اعتبار الزائـد علی

أربعة أشهر و ان وطئها فى المدة المزبورة أو بعدها الى ان تضع حملها و أفرغ مائه فى فرجها فلا يجوز له بيع ذلك الولد و عليه عتقه على قول يساعد عليه ظاهر الرواية.

(۴) (و كونه مملوكا) عطف على تغذيه الولد و كان المراد انه إذا كانت الأمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۰۰

كما لو قهر حربى (۱) و الغنيمة قبل القسمة (۲)

[لا يجوز بيع الوقف]

اشارة

لا يجوز بيع الوقف (۳)

ملكا لاثنين فوطئها أحدهما و أتت بالولد يكون الولد حصة منه ملكا للشريك و لكن ليس له بيعه بل له تقويم حصته و أخذ تلك القيمة من الواطى.

(۱) ظاهره التعرض لما ذكره بعضهم من ان الحربى أى الكافر الحربى لو باع أباه أو غيره من قرابته التى تنعتق عليه بان يكون الكافر المزبور استولى على من ينعتق عليه بالقهر و باعه ففى صحة هذا البيع اشكال و وجه الاشكال ان قهره و استيلائه و ان يوجب تملكه الا ان المفروض تحقق القرابة المانعة عن استقرار الملك فلا يحصل البيع حال الملك و لكن فى رواية قد سأل عبد اللّه اللحام أبا عبد اللّه (ع) عن رجل يشترى من أهل الشرك ابنته فيتخذها قال لا- بأس و ظاهرها صحة البيع و يمكن حملها على حصول الملك للمشترى بالاستيلاء لا ببيع الوالد.

(۲) لا يخفى أن الغنيمة تدخل فى ملك المقاتلين باستيلائهم عليها و كونها ملكا لهم بنحو الإشاعة و عدم جواز بيع أحدهم حصته قبل أخذها باعتبار كون حصته مجهولة بحسب المقدار و لا يبعد القول بجواز بيعها بعد تعيينها حتى فيما إذا كان البيع قبل القبض كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع.

(۳) ذكر (ره) فى الاستدلال على عدم جواز بيع الوقف بعد الإجماع محصلا و منقولا قوله (ع) فى مكاتبة محمد بن الحسن الصفار التى رواها الصدوق بسنده الصحيح انه كتب الى ابى محمد الحسن بن على عليهما السلام فى الوقف و ما روى فيه آبائه فوقع (ع) الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء اللّه و مقتضاها أن العين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۰۱

....

على حسب وقفها فتكون ملكا للبطون بطنا بعد بطن أو للجهة و أنها تبقى كذلك فلا يصح إبدالها.

لا يخفى ان الاستدلال بها موقوف على ان يكون عدم جواز البيع داخلا فى عنوان الوقف أو ملازما لتحقق ذلك العنوان و اما بناء على انه حكم شرعى غير داخل فى عنوانه و غير ملازم لتحققه فلا حيث ان ظاهر الرواية إمضاء الشارع الوقف كما أنشأه صاحبه و سيأتى التعرض لكون عدم جواز البيع حكما شرعيا أو داخلا فى عنوانه أو ملازما له فانتظر.

و رواية على بن الراشد قال سألت أبا الحسن (ع) جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما و فرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى من أوقفت عليه قلت لا اعرف لها ربا قال تصدق

بغلتها فان مقتضی إطلاق قوله (ع) لا یجوز شراء الوقف هو عدم الفرق بین کون المباشر لبیعه الغاصب أو متولی الوقف أو الموقوف علیهم و الروایة بحسب سندها لا بأس بها فإن الکلینی (ره) رواها عن محمد بن جعفر عن محمد بن عیسی عن علی بن راشد و محمد بن جعفر سواء کان أبو العباس أو أبو الحسین الأسدی موثق بتوثیق عام أو خاص و علی بن راشد ممدوح کما عن الشیخ (ره).

و بما فی غیر واحد من الروایات من صوره وقفهم علیهم السلام کروایة ربعی عن ابی عبد اللّه (ع) تصدق أمیر المؤمنین (ع) بداره فی المدینة فی بنی رزیق فکتب بسم اللّه الرحمن الرحیم هذا ما تصدق به علی بن أبی طالب و هو حی سوی تصدق بداره التی فی بنی رزیق صدقة لاتباع و لا توهب حتی یرثها اللّه الذی یرث السموات و الأرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۲

....

و اسکن هذه الصدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقرضوا فهی لذی الحاجة من المسلمین.

و وجه الاستدلال ان توصیف الصدقة بما لا یباع و لا یوهب ظاهر فی توصیف النوع أی طبیعی المفعول المطلق لا انه شرط خارجی فی شخص الصدقة و ان علی الموقوف علیهم فی الصدقة المزبورة إبقاء العین و عدم إبدالها فإن الحمل علی هذا النحو من الاشتراط خلاف الظاهر حیث انه لو کان الأمر کذلک لکان الأنسب تأخیر الشرط عن ذکر هم لا ذکر الشرط قبل تعیینهم و ایضا لو کان ما ذکر شرطا علی الموقوف علیهم لکان محکوما بالفساد فإنه یجوز بیع الوقف فی حالات فاشتراط عدم جوازه علیهم مطلقا خلاف السنة.

و لکن یمکن الجواب عن الأخیر بأن اشتراط عدم البیع إطلاقه محمول علی صورة عدم المجوزات و هذا لحمل لازم سواء کان قوله لا یباع و لا یوهب من الاشتراط علی الموقوف علیهم أو وصفا لنوع الصدقة مع انه یمکن دعوی لزوم التقیید فی صورة توصیف النوع فقط و اما علی فرض الاشتراط فیبقی الاشتراط علی الإطلاق حیث ان المحتمل علمه (ع) بعدم عروض المجوزات علی وقفه و هذا بخلاف صورة إرادة وصف النوع فقط فان العلم بعدم عروض المجوز علی شخص من الوقف لا یوجب الحکم علی النوع بأنه لا یباع و لا یوهب.

و بالجملة مقتضی أصالة عدم التقیید هو أن ما ذکر اشتراط لا توصیف للنوع أقول لا حاجة الی التقیید علی تقدیر کون المراد توصیف النوع و تقیید طبیعی الصدقة و ذلک فان قوله (ع) لا یباع و لا یوهب وارد فی مقام إنشاء الوقف و ذکره للقرینة علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۳

....

ارادة الوقف من الصدقة التی بمنزلة الجنس الجامع بین الوقف و بین تملیک المال للآخر مجانا بقصد القربة و لیس فی مقام بیان حکم الوقف من حیث عدم جواز البیع لیقال انه لا بد من رفع الید عن إطلاقه و حمله علی صورة عدم عروض المجوزات.

و ذکر بعض الأجلة دام عزه ان احتمال الاشتراط علی الموقوف علیهم مبنی علی الالتزام بان الوقت من قبیل العقود و یحتاج الی القبول من الموقوف علیهم و اما بناء علی ما هو الصحیح من کونه من الإیقاعات فلا معنی للاشتراط ثم انه علی الوصف للنوع فلا یمکن استظهار عدم جواز البیع الوقف فیما لم یکن الوقف بعنوان الصدقة کما إذا لم یقصد فیه التقرب فإن النسبة بین الوقف و الصدقة عموم من وجه لاعتبار قصد التقرب فی الصدقة سواء کان من قبیل الوقف أو سائر الصدقات المندوبة أو الواجبة و الوقف یعم ما إذا لم یکن فیه قصد التقرب و دعوی الحکم بعدم جواز بیع الوقف مطلقا باعتبار إلغاء الخصوصیة لا یخفی ما فیها.

أقول الاشتراط علی الموقوف علیهم لا یبتنی علی کون الوقف من العقود فان نفوذ هذا الشرط علی الموقوف علیهم أو المتولی لیس

لـدليل وجوب الوفاء بالشـرط ليقال ان الشـرط لا يعم الا ما إذا كان الإلزام فی ضـمن عقد بل لقوله (ع) الوقوف علی حسب ما يوقفها أهلها.

و بتعبير آخر مـا نحن فيه نظير الاـشتراط علی الوصـی كمـا إذا اوصـی بسـتانا من ثلثه للصـرف فی الحـج و الصـلاة و سـائر الخيرات و اشتراط علی الوصـی عـدم بيعه الی خمس سـنوات فإنه لا ينبغی الريب فی نفوذ هذا الاشتراط و عدم جواز بيعه قبل تلك المدة بدليل نفوذ الإيصاء مع ان الإيصاء من الإيقاعات فلا يحتاج الی القبول و انما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۰۴

....

يجوز للوصی رده زمان حياة الموصی مع وصول الرد.

و الحاصـل لاـ ينبغی الريب فی ان قوله (ع) لاـ يبـاع و لاـ يوهب وصف و لكن الكلام فی انه وصف للطبيعی و تفريع له ليكون المراد عـدم جواز البيع و الهبـة فی الوقف فی الجملـة حيث لا يمكن الأخذ بالإطلاق فی ناحيـة المنع لذكره فی مقام إنشاء الوقف أو وصـف للصدقة الشخصـية و ان ذلک الشـخص لا يباع و لو كان وصـفا للشـخص مع عدم كونه وصفا للطبيعی فلا بد من حمله علی الاشتراط من الواقف و لكن الصـحيح ظهور التوصـيف فی وصف الطبيعی لا لما ذكره المصـنف من انه لو كان شـرطا لكان الأنسب تأخيره عن ذكر الموقوف عليهم فـان مجرد إلاـ نسبيـة لاـ يصـحح الظهور مع صـحة خلافهـا بـل باعتبـار ان إنشاء الوقف لا يتم بمجرد قول القائل تصـدقت العين إذ لا دلالـة للصدقـة علی خصوصـية الوقف و لـذا يوتی بمثل قوله لا يباع و لا يوهب للقرينة علی ارادة الوقف و لا يتم القرينة إلا إذا كان عدم جواز البيع و الهبة من قبيل توصيف الطبيعی بوصف نوعه كما لا يخفی.

و قد تحصل مما تقدم انه مع هذا التوصيف لا يكون له إطلاق بحيث يمكن التمسک به فی موارد الشک فی جواز بيع الوقف بخلاف حسنة علی بن راشد المتقدمة.

و لكن قـد نوقش فی الاسـتدلال بهـا ايضـا مع عروض بعض حالاـت علی الوقف و الشک فی جواز بيعه معها بأنها غير واردة فی مقام الجواب عن جواز بيع الوقف و عدمه بحسب الحالات لأن السائل فيها قد كان يعلم بعدم جواز شـراء الوقف خصوصا مع ملاحظة قوله و لما و فرت المال خبرت ان الأرض وقف فان ظاهره انه لو كان يعلم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۰۵

و مما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة (۱)

بـالوقف لمـا أقـدم علی شـراء الوقف بل انما كان بصـدد السؤال عن علاج الواقعـة مع جهله بالموقوف عليه غايـة الأمر قبل تمام ذكره الواقعة أجاب الإمام (ع) بوجوب رد الغلة إلی الموقوف عليهم.

أقول: من المحتمل جدا ان يحتمل السائل صـحة شراء الوقف فی فرض جهله بالوقف و دفع الثمن و جهالة الموقوف عليهم و حيث ان الامـام (ع) ذكر انه لاـ يجوز شـراء الوقف و فهم منه بطلاـن الشـراء فی جميع الحالاـت التی منها الحالـة فی مورد السؤال سأل ثانيا بأنه كيف يصنع بالغلة مع جهالة الموقوف عليهم.

و الحاصـل ان مقتضـی الأصـل فی كـل خطـاب عـام أو خـاص يتضـمن الموضوع و الحكم ان ذلـک الحكم يعم الموضوع فی جميع حالاته ما لم تقم قرينـة عرفيـة علی خلاف ذلک و ما ذكر لا تعد قرينة لما ذكرنا من الاحتمال و لذا لا بأس بالتمسک بالإطلاق الوارد فی الحسنة فی كل مورد يفرض فيه احتمال جواز بيع الوقف بطريان بعض الحالات.

(۱) لم يظهر كون المانع عن بيع الوقف متعـددا فضـلا عن كونه ثلاثـة فإن الثابت منع الشارع عن بيع الوقف كمنعه عن بيع أم الولـد و

نحوها و کون الوقف تملیکا للبطون علی نحو الترتب فی الوقف الخاص و تملیکا للجهة فی الوقف العام لا ینافی مبادلة العین الموقوفة بما یکون العوض ملکا للبطون أو للجهة و تملیک الواقف تلک العین للموقوف علیهم بقصد التقرب لا یکون موجبا الا لعدم جواز رجوع الواقف فی الوقف لا-عدم جواز بیع الموقوف علیهم أو متولی الوقف فإن الصدقة الواجبة بل المستحبة تکون تملیکا للغیر بقصد التقرب مع انه یجوز للفقیر التصرف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۶

ثم ان جواز البیع لا ینافی بقاء الوقف (۱)

فیها کسائر أمواله و ارادة الواقف کون العین صدقة جاریة یکفی فیها قیام بدلها مقامها.

و اما حق البطون فلیس الا تملکهم العین حال وجودهم مع بقاء العین علی الوقف و إذا انتقل الوقف الی البدل کما إذا قیل بجواز بیع الوقف ینتقل الحق إلی البدل.

و الحاصل ان عدم جواز بیع الوقف المستفاد من الروایات کعدم جواز بیع أم الولد حکم شرعی و لا یکون من الحق القابل للإسقاط غایة الأمر فی مورد قیام الدلیل علی جواز بیع الوقف یکون للبائع الولایة علی إبطال الوقف بالإضافة إلی شخص العین الموقوفة بالبیع و یکون العوض ملکا للبطون کالمعوض أو جواز إبطال أصل الوقف کما إذا کان العوض ملکا خاصا للبطن الموجود.

(۱) مراده ان جواز بیع الوقف فی مورد لا ینافی کون العین موقوفة ما دام لم یقع البیع و ما تقدم من عدم جواز بیع الوقف باعتبار تعلق الحقوق الثلاثة به لیس المراد منه الا ان الوقف یقتضی عدم جواز بیعه لا انه یستلزمه بنحو اللزوم و العلیة التامة لینحل الوقف بجواز بیعه و مجرد الاقتضاء بمعنی ان إبقاء العین علی الوصف الذی جعله الواقف قرار مالکی و مع إمضاء الشارع لا یجوز بیعها و نقلها.

نعم إذا طرء أمر فیمکن معه الحکم بجواز بیعه و ان شئت فلا حظ الهبة فإنها تملیک العین مجانا و مقتضاه ان لا یجوز للغیر التصرف فی العین الموهوبة و لو کان ذلک الغیر واهبها و لکن مع ذلک یجوز للواهب التصرف فیها بردها الی ملکه بحسب حکم الشرع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۷

الا انه ذکر بعض فی هذا المقام (۱)

---

(۱) قد یقال ان عدم جواز بیع الوقف باعتبار ان جوازه ینافی الوقف بحیث لا یجتمع جوازه معه فان الوقف کما هو المروی عن النبی (ص) بل الظاهر منه بحسب ما هو المعروف من عنوانه فی الأذهان حبس العین و تسبیل المنفعة و المراد بحبس العین جعلها بحیث لا یقبل النقل و الانتقال و إذا صار الوقف محکوما بجواز بیعه فلا یمکن اجتماع هذا الجواز مع بقاء الوقف بل یکون الدلیل علی جواز بیعه کاشفا عن بطلان الوقف فی ذلک المورد.

و أجاب عن ذلک المصنف (ره) بأنه أراد هذا القائل ان جواز بیع الوقف فلا یجتمع مع الحقوق الثلاثة التی تقدم ثبوتها فی الوقف بل لا بد فی مورد جواز بیعه من سقوط بعضها کما إذا جاز بیع الوقف و مبادلته بما یکون للبطون فان فی الفرض یسقط حق البطون عن شخص العین لا عن بدلها أو سقوط حقهم حتی عن بدلها کما إذا کان العوض ملکا طلقا للبطن الموجود فهذا صحیح و ان أراد ان جواز البیع لا یجتمع مع أصل الوقف لمنافاة ذلک الجواز و مضادته مع الوقف کما هو ظاهر عبارته فهو غیر تام.

و الوجه فی عدم التمام ان الوقف قسم منه فی حقیقته إخراج للعین عن الملکیة و جعلها بحیث لا یقبل الملک نظیر عتق العبد و کما ان العتق إخراج للإنسان عن الرقیة و جعله بحیث لا یمکن صیرورته ملکا للآخر کذلک فی وقف المساجد و المشاهد یخرج الأرض و البناء عن قابلیة کونها ملکا و لکن مع ذلک لا یکون من المباحات لیتصرف فیه کل أحد بما شاء بل لا یجوز التصرف المنافی للوقف کما هو مقتضی قوله (ع) الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٠٨

فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف

و هذا القسم لا يقبل النقل باعتبار ان العين لا تصير ملكا لأحد.

و اما سائر الوقوف سواء كان الوقف خاصا أو عاما يكون الوقف فيها تمليكا و لذا يعبر عن هذا القسم بالصدقة التى تكون تمليكا للبطون أو الجهة نعم الوقف ليس مطلق جعل الشيء ملكا بل بنحو يقتضي الدوام و الاستمرار أى استمرارهم على ملكه و لا يكون هذا الدوام و الاستمرار من قبيل اللازم بل بنحو الاقتضاء بحيث لا ينافى الوقف تخلفه فى بعض الموارد و لو كان جواز بيع الوقف منافيا لأصل الوقف بحيث يخرج الشيء عن كونه وقفا لكان لازم ذلك بطلان الوقف حتى ما لو لم يتفق بيع الوقف كما إذا فرض حاجة الموقوف عليهم و اضطرارهم الى ثمن الوقف و لكن لم يتفق بيعه الى ان ارتفع حاجتهم فيلزم ان يحكم بجواز بيعه بعد ذلك ايضا لبطلان الوقف قبل ذلك.

لا يقال إذا فرض الاعتراف كما هو ظاهر المصنف (ره) بان مع جواز بيع الوقف ينتقى حق البطون اللاحقة عن شخص العين كما فى مورد جواز تبديلها بما يكون ملكا للبطون و عن بدلها ايضا كما فى مورد جواز تملك البطن الموجود ثمن الوقف و صرفه فى ضرورتهم فلازم ذلك جواز بيع الوقف فيما إذا لم يتفق البيع الى ان ارتفعت ضرورة البطن الموجود و الوجوه فى اللزوم ان مع سقوط حق البطون اللاحقة عن العين و عن بدلها ايضا لا موجب لرجوعه ثانيا.

فإنه يقال ليس معنى سقوط حقهم الا قيام الدليل على ثبوت الولاية للبطن الموجود على البطون اللاحقة بمبادلة ملكهم كما إذا كان مدلول دليل جواز البيع مبادلة الوقف بما يكون ملكا للبطون أو مع ثبوت الولاية لهم على تملك الثمن فى مورد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٠٩

فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف (١) و فى غير المساجد و شبهها قسم من التمليك (٢)

جواز صرف ثمن الوقف على ضروراتهم و كذا فيما ثبت جواز بيع الوقف العام يكون مقتضى ذلك الدليل ثبوت الولاية لمتولى الوقف أو الحاكم على العين الموقوفة بمبادلتها بما يكون للجهة الموقوف عليها.

و الحاصل لا يكون جواز بيع الوقف كاشفا عن بطلان ملكية البطون كما عليه ظاهر الجواهر (ره) و انما يكون موجبا لثبوت الولاية و كون تلك الولاية مطلقا أو مقيدا تابع لظاهر الدليل و مع عدم الدلالة يؤخذ بمقتضى الأصل و قد ظهر من جميع ما ذكرنا ان الدليل على جواز بيع الوقف فى مورد تخصيص أو تقييد فى خطاب الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و فى مثل قوله (ع) لا يجوز شراء الوقوف.

(١) لا يخفى انه لا دلالة فيما ورد فى جواز بيع الوقف و صرف ثمنه على ضرورة البطن الموجود على ولايتهم على جعل العين الموقوفة ملكا طلقا عند البيع ليقع البيع لهم بحيث لو فرض فسخ العقد يصير الوقف ملكا طلقا لذلك البطن و لو مع اتفاق ارتفاع ضرورتهم عند حصول الفسخ بل المقدار الثابت ولاية البطن الموجود على صرف ثمن الوقف فى حوائجهم اضافة على ولايتهم على بيعه فيكون صرفهم نظير صرف أهل العلم مال الامام (ع) على حوائجهم.

(٢) يظهر مما ذكر (ره) ان الوقف على نحوين وقف تحريرى كوقف الأرض أو البناء مسجدا و مشهدا و وقف تمليكى تكون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليهم سواء كان الموقوف عليهم أشخاصا أو عنوانا و يعبر عن ذلك بالوقف الخاص أو العام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١١٠

....

و لكن الأمر ليس كذلك بل للوقف أقسام و ذلك فان الواقف قد لا- يلحظ فى وقفه الا حبس العين على عنوان من غير نظر الى رجوع منافعها إلى أشخاص أو على عنوان و جهة و هذا القسم من الوقف لا يكون فيه الموقوف عليه.

لا- يقال هذا القسم لا- يدخل فى الوقف بل جعل الأرض أو البناء مسجدا أو مشهدا عنوان آخر غير عنوان الوقف و ان يجرى عليه أحكامه من عدم جواز بيعه.

فإنه يقال لو كان الأمر كذلك يصح قول مالك الأرض أو البناء جعلتها مسجدا و لكن ما وقفتها و لا أظن أن يلتزم بذلك أحد.

و الموجب للدعوى المزبورة ان الوقف عنده إيقاف العين على الموقوف عليه و كان العين فى الاعتبار على رأسهم تدر منافعها إليهم و قد رأى ان فى مورد وقف المكان مسجدا أو مشهدا ليس من يكون إيقاف العين على رأسه و لكن سنبين ان الوقف بمعنى الحبس و كلمة على للتعدى لا الاستعلاء و لذا لا يفرق بين قوله وقفتها على أولاد زيد أو على طلاب العلم أو وقفتها لأولاد زيد أو لطلاب العلم و بتعبير آخر يحتاج الى تعيين الموقوف عليه أو الموقوف له فيما لوحظ عود منافع العين الى شخص على ما سيأتى و ليس يلازم الوقف فيما إذا لم يكن فيه لحاظ عود المنافع الى أحد.

و الحاصل ان عنوان المسجد ينطبق على الأرض أو البناء المعد للعبادة كالصلاة و غيرها و لا يترتب عليه بمجرد الإعداد أحكام الوقف من خروج العين عن الملك و عدم جواز نقله و غير ذلك من الأحكام و فى صحيحة عبيد اللّه بن الحلبى انه سأل أبا عبد اللّه (ع) عن مسجد يكون فى الدار فيبدوا لأهله أن يتوسعوا بطائفة منه أو يحولوه عن مكانه فقال لا بأس بذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۱

....

و على الجملة أن المرتكز فى وقف الأرض أو البناء مسجدا و حبسها له هو فك الأرض أو البناء عن علقة الملكية و جعلها بحيث لا تصلح للدخول فى ملك أحد و هذا معنى الوقف التحريرى و لا يبعد ان يقال ما يذكر للمساجد من الأحكام كحرمة مكث الجنب و الحائض و وجوب تطهيره لا يعم الا المساجد الموقوفة لعناوينها لانصراف الخطابات إليها و لا فرق فى وقفها كسائر الوقوف بين كونه بالإنشاء اللفظى أو بنحو المعاطاة كما هو مقتضى إطلاق قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها كما لا يحتاج فى تحققه فيها كسائر الأوقاف إلى القبول من الحاكم أو غيره للإطلاق المزبور.

بل لا يبعد عدم حاجة الوقف العام الى القبض و انما يحتاج الى القبض فى الوقف الخاص بشهادة مثل صحيحة صفوان بن يحيى عن ابى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدوا ان يحدث فى ذلك شيئا فقال ان كان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له ان يرجع فيها و ان كانوا صغارا و قد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيجوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها و ان كانوا كبارا و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يجوزوها لهم فله ان يرجع فيها.

و وقف تمليكى و هو ما إذا لم يكن الوقف تحريريا فإنه لا ينبغى الريب فى حصول الملك للموقوف عليه فيما إذا أنشأ الواقف ملكية العين له كما إذا قال جعلت الضيعة أو غيرها ملكا لأولاد زيد طبقة بعد طبقة الى ان يرث اللّه السموات و الأرض و ان انقرضوا فهى للفقراء.

و انما الكلام فيما إذا كان أنشأ الوقف بعنوان الوقف واردة ما هو مدلوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۲

....

المرتکز و کان من قصده عود منفعة العین الی الموقوف علیهم کما إذا قال وقفت هذه الضیعة لأولاد زید أو علی أولاده لیکون غلتها لهم ففی ذلک یقع الکلام فی خروج نفس الصیغة عن ملک الواقف و دخولها فی ملک الموقوف علیهم.

و استدل المصنف (ره) علی خروجها عن ملک الواقف و دخولها فی ملک الموقوف علیهم بما ورد فی غیر واحد من الروایات من التعبیر عن الوقف بالصدقة التی لاتباع و لا توهب حیث ان من الظاهر کون المعروف من معنی الصدقة تملیک الغیر بقصد القربة و یعبر عن التملیک کذلک بالوقف باعتبار استمرارها و دوامها و عدم صیرورتها ملکا طلقا للموجودین من الموقوف علیهم.

و استدل فی الجواهر علی دخول العین فی ملک الموقوف علیهم فیما کان من قصد الواقف عود منافع العین و صیرورتها لهم ان العین تتبع المنافع فی الانتقال و من ان العین الموقوفة کالمنافع تضمن بالإتلاف و التلف فی الید و إذا کانت العین خارجة عن ملک الواقف فلا بد من دخولها فی ملک الموقوف علیهم لان المال الذی لیس له مالک لا یضمن و قد یستدل علی دخول العین الموقوفة فی ملک الموقوف علیهم بما ورد فی جواز بیعهم العین الموقوفة فی بعض الموارد حیث انه لا بیع إلا فی ملک و ان العین إذا لم تکن مکلفا فکیف جاز بیعها.

و عن السید الیزدی (ره) الاستدلال علی خروج العین عن ملک الواقف بان اعتبار الملکیة لأحد لا بد فیه من اثر یصحح الاعتبار و مع کون الواقف أجنبیا عن منافع العین إلی الأبد فلا معنی لاعتبار ملکیة العین له و لکن احتمل عدم دخولها فی ملک الموقوف علیهم بل تکون الداخل فی ملکهم هی المنافع فقط کما فی مورد اجارة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۳

....

العین و نتیجة ذلک ان یکون الوقف بالإضافة إلی العین الموقوفة فکا عن الملکیة.

و لکن قد نوقش فی ذلک کله اما التعبیر بالصدقة فلان أصالة الحقیقة تجری فیما إذا شک فی المراد بعد إحراز المعنی الموضوع له و اما إذا علم المراد و شک فی ان الاستعمال علی نحو الحقیقة فلا مجری لأصالتها و فیما نحن فیه یعلم ان المراد بالصدقة هو الوقف بقصد التقرب و یشک فی ان إطلاق الصدقة علیه بنحو الحقیقة حیث انه من إفرادها أو ان إطلاقها علیه بنحو المجاز حیث لا یکون فی الوقف تملیک و تملک.

و فیه ان هذه المناقشة قد صدرت عمن جعل فیما تقدم النسبة بین الوقف و الصدقة العموم من وجه و مقتضاه کون الوقف فی مورد قصد التقرب معنونا بعنوان الصدقة الجاریة حقیقة.

مع انه ان أرید ان إنشاء الوقف بإرادة المعنی الحقیقی للصدقة الجاریة غیر صحیح فلا یتحقق الوقف فلا أظن الالتزام به و ان أرید انه لم یحرز انطباق عنوان الصدقة بمعناه الحقیقی علی ما أراد الموجب بقوله وقفت هذه العین لأولاد زید طبقة بعد طبقة المعنی المرتکز عند الأذهان للوقف ففیه انه لا یعرف للوقف عند الأذهان فی مثل المورد مما کان الملحوظ عود المنفعة إلی الأشخاص و دخولها فی ملکهم الا عنوان التملیک و جعل ذلک الملک بنحو إقرار العین و حبسها.

و یقرب من هذا الوقف الوقف الصرفی و هو ما إذا کانت العین محبوسة لصرف منافعها علی الموقوف علیهم سواء کان المراد صرف نفس منافعها کما إذا قال وقفت هذه الضیعة علی أولاد زید الأول فالأول لیأکلوا ثمرتها أو کان المراد الأعم من صرف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۴

....

عین منافعها أو بدلها کما إذا قال وقفت هذه الضیعة للعلماء أو الحجاج و فی مثل ذلک یجوز لمتولی الوقف بیع ثمرة الضیعة و صرف

ثمنها علیهم و وجه قرب الوقف الصرفی الی الوقف التملیکی هو ان العین فی الوقف الصرفی ایضا ملک و لکن للعنوان الموقوف علیه لا الأشخاص و انما یملک الأشخاص المنفعة بعد الصرف و القبض و لذا لا یرث الوارث من الموقوف علیه قبل صرف المنفعة و لا یجب فی السهم المقبوض الزکاة لأن الشخص لا یملک المنفعة إلا بعد قبضها لا حین بلوغ الزرع و صیرورته حنطة أو شعیرا أو صیرورة الثمرة عنبا أو ثمرا فإن الثمرة فی ذلک الحین کانت ملکا للعنوان و لا یتوجه التکلیف بإعطاء الزکاة الا للأشخاص.

و هذا بخلاف الوقف التملیکی فإنه ان مات أحد من الموقوف علیهم یرث سهمه وارثه و یجب علی کل من بلغ سهمه مقدار النصاب الزکاة و یشترک القسمان فی ضمان العین و منافعها فیما لو أتلف العین أو منافعها متلف أو تلف بیده بخلاف القسم الأول من الأقسام و هو الوقوف التحریری لانه لا دلیل علی ضمان المال فیما لم یکن ملکا لأحد أو عنوان بل الموجب له إتلاف مال الغیر أو تلفه بیده فی غیر مورد الاستیمان.

و القسم الأخیر من الوقف الوقف الانتفاعی و هو ما إذا کان حبس العین لمجرد انتفاع الموقوف علیهم من غیر ان یدخل العین أو منافعها فی ملکهم حتی بعد القبض کما فی وقف بعض الأشجار لأکل المارة و وقف الخانات للمسافرین و الزوار و المدارس و الکتب العلمیة لطلاب علم الدین و فی هذا القسم لا یدخل العین و لا منفعتها فی ملک الموقوف علیهم و لذا لا یکون توارث و لا تصح المعاوضة علی منافع العین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۵

و الثانی عدم الخلاف فی عدم جواز بیعه (۱)

لا من الموقوف علیهم و لا من المتولی و لا یبعد ان یقال ببقاء العین و منافعها علی ملک واقفها و لذا یضمن العین أو منافعها بالإتلاف و یکفی فی اعتبار الملکیة للواقف ترتب هذه الثمرة.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی الوجوه المتقدمة للاستدلال علی خروج العین من ملک واقفها أو دخولها فی ملک الموقوف علیهم و ایضا ظهر ان الوقف فی حقیقته عبارة عن حبس العین اما حبسا عنوانیا أو حبسا تملیکیا أو حبسا صرفیا أو حبسا انتفاعیا و المراد بالحبس جعل العین علی حالة لا تخرج عنها بحسب قرار مالکها ای لا تصلح الخروج عنها بحسبه کما لا یخفی.

(۱) لا- ینبغی الریب فی ان الوقف إذا کان تحریریا فلا یجوز بیعه و لا سائر المعاوضة علیه بلا استثناء و الوجه فی عدم الجواز لیس عدم کون العین ملکا طلقا بل لعدم کونه قابلا للتملک و البیع تملیک العین بعوض و علی ذلک فلو خربت القریة التی فیها المسجد أو انقطعت المارة عن الطریق الذی فیه المسجد لم یجز بیعه و الظاهر ان هذا مما لا خلاف فیه.

نعم ذکر کاشف الغطاء (ره) بعد قوله بعدم جواز البیع فی هذا القسم من الوقف لعدم کونه قابلا- للتملک لرجوع العین الی اللّه و دخولها فی مشاعره التی یجب تعظیمها ان الأرض مع الیأس عن الانتفاع بها فی جهة المسجدیة توجر للزراعة و یراعی فیها الآداب اللازمة للمسجد من حرمة تنجیسه و وجوب تطهیره و حرمة مکث الجنب و الحائض فیه و نحو ذلک کما یجب المحافظة علی کونه مسجدا بأحکام قبالة الإجارة و سندها لئلا تکون ید المستأجر امارة علی کونها ملکا له و تصرف عائد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۶

....

الأرض من الأجرة علی مماثله.

مثلا إذا کان المسجد فی قریة تصرف الأجرة علی مسجد قریة أخری احتیاطا فی کون ذلک المسجد أقرب الی الموقوف و أحوج و أفضل و مع تعارض الأقرب مع الأفضل مثلا یلاحظ الراجح منهما و ان تعذر صرف الأجرة علی المماثل تصرف فی غیره علی مسجد

البلد أو الحسينية و نحو ذلك و ان لم يمكن ذلك ايضا تصرف على مصالح المسلمين و لو بإحداث القنطرة و الضوء و نحوها هذا بالإضافة إلى الأرض.

و اما غيرها من الآلات و الأثاث و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها فإن أمكن الانتفاع بأعيانها فى خصوص المحل الذى عين لها فيجب إبقائها و الانتفاع بأعيانها فى ذلك المحل و ان لم يكن الانتفاع بأعيانها فى خصوص ذلك المحل ينتفع بأعيانها فى مثل ذلك المحل و ان لم يمكن الانتفاع على ذلك انتفع بأعيانها فى مطلق مصالح المسلمين كما إذا لم يمكن الانتفاع بخشبة سقف المسجد فى ذلك المسجد و لا فى مسجد آخر ينتفع بها و لو فى مثل القنطرة من مصالح المسلمين.

و إذا لم يمكن الانتفاع بأعيانها أصلا لا فى المحل و لا فى مماثله و لا فى غيره من مصالح المسلمين يكون فى البين احتمالات كونها من قبيل الملك بعد أعراض مالكه من دخولها فى المباحات فيصح لكل أحد تملكها و التصرف فيها و دخولها فى ملك المسلمين كسائر أموال المسلمين فيصرف على مصالحهم كيف اتفق و عودها الى ملك واقفها أو ملك ورثتهم و مع عدم عرفانهم تكون من قبيل الأموال المجهول مالكها.

و الرابع و هو الأقوى المصرح به فى كلام بعضهم عدم بطلان وقفها بخروجها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۷

و فيه ان إجارة الأرض و بيع الآلات (۱)

عن الانتفاع بأعيانها كما ذكر بل تباع احترازا عن تلفها و تصرف فى المكان المعدلة بحسب تعيين الواقف أو على مماثله أو على مطلق مصالح المسلمين على ما مر فى صورة إمكان الانتفاع بأعيانها.

(۱) لا- يخفى ان ما ذكره كاشف الغطاء من إجارة أرض المسجد للزراعة يصح لو قيل بان الوقف بالإضافة إلى الأرض تمليك للمسلمين أو انتفاعى و لو كان وقف الأرض كذلك تصح بيعها ايضا كما يأتى فى الوقف التمليكى و الانتفاعى و لكن الظاهر ان الوقف فى المسجد و المشهد بالإضافة إلى أرضها تحريرى و معه لا تصح إجارتها كما لا تصح بيعها لا باعتبار عدم كون الأرض ملكا لمن ينتقل اليه العوض ليقال انه لا- يعتبر فى صحة البيع كون المبيع ملكا له كما فى بيع الكلى كما لا يعتبر فى الإجارة كون المنفعة ملكا لمن ينتقل إليه الأجرة كما فى إجارة الحر نفسه بل لا يصح بيعها و لا إجارتها لعدم إمكان صيرورة الأرض أو منافعها ملكا لأحد كما مقتضى قوله (ع) الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها و البيع تمليك العين للمشترى بعوض و الإجارة تمليك المنفعة.

و بهذا يظهر عدم صحة سائر المعاوضات ايضا فلا يختص عدم الجواز بالبيع أو الإجارة.

و دعوى عدم صحة بيع الآلات ايضا مع عدم إمكان صرفها على المماثل أو غيرها من وجوه الخير مبنية على كون وقفها ايضا من قبيل وقف الأرض و لكن يمكن ان يقال ان الوقف بالإضافة إلى نفس العرصة كذلك و اما بالإضافة إلى آلات البناء حيث انها لا تبقى على حالها الى الآخر يكون فى نظر الواقف وقفا تمليكيا أو انتفاعيا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۸

....

كما هو الحال بالإضافة إلى فرش المسجد و حصيرة و سائر ما يوضع فيه و لا منافاة فى الاختلاف فى كيفية الوقف حتى فيما كان فى البين إنشاء واحد فقول الواقف وقفت هذا البناء مسجدا لا ينافى كونه بالإضافة إلى العرصة تحريرا و بالإضافة إلى الآلات تمليكيا أو انتفاعيا نظير ما إذا فرش بساطا فى البناء و جعل فيه حب الماء و غيره و قال وقفت البناء و ما فيه بعنوان المسجد.

و اما الاستشهاد على حكم حصير المسجد و نحوه بما ورد فى ثوب الكعبة فغير ظاهر لان الثوب المزبور لم يحرز كونه وقفا بل الظاهر

انه كسائر المال الذى يهدى للكعبة يصرف فى الحجاج و زواره و لذا أجيز أخذه و الانتفاع به و بيعه الى غير ذلك كما لا يخفى.

و العمدة فى المقام بيان الوجه فيما ذكر من استعمال الآلات و سائر الأثاث فى المماثل ثم فى سائر وجوه الخير مع ملاحظة الأقرب فالأقرب إلى الوقف و مع عدم إمكان صرفه بشخصه يباع و يصرف بدله على ما ذكر على الترتيب مع ان الصرف فى المماثل أو فى الأقرب فالأقرب بشخصه و مع عدم الإمكان ببدله خارج عن مدلول الوقف و ليس فى البين الا دعوى استفادة تعدد المطلوب من الوقف فى مثل هذه الموارد مما يكون قصد الواقف جعل العين مهما أمكن فى الخير المرسوم بنفسها و فى غيره على تقدير عدم إمكان ذلك الخير و ببدلها مع عدم إمكان استعمال العين كما يدل عليه و يؤيده ما ورد فى قصور مال الوصية و عدم إمكان صرفه فى الجهة الموصى بها و فى رواية على بن زيد صاحب السابرى قال اوصى الى رجل بتركته و أمرنى أن أحج بها عنه فنظرت فى ذلك فإذا هو شيء يسير لا يكون للحج الى ان قال فسألت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١١٩

يبقى الكلام فى مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا (١)

أبا عبد اللّه (ع) ما صنعت بها قال ضمنت أولا يكون لا يبلغ ان تحج به من مكة فإن كان لا يبلغ ان تحج به من مكة فليس عليك ضمان.

و فى رواية على بن أبى حمزة قال سألت أبا الحسن (ع) عن رجل اوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال يشترى من الناس فيعتق و فى رواية محمد بن الريان قال كتبت الى ابى الحسن (ع) اسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا كيف يصنع بالباقى فوقع الأبواب الباقية اجعلها فى البر.

و الحاصل ان الوقف على الجهات التى يكون نظر الواقف فيها صرف المال على جهة من الخيرات فيه قرينة عامة على ان الوقف على جهة خاصة من قبيل تعدد المطلوب بخلاف الوقف الخاص حيث ينتهى أمد الوقف فيه بانتهاء الموقوف عليهم كما لا يخفى.

(١) إذا أحرز ان وقف الحصير على المسجد الفلانى و وضعه فيه لانتفاع المصلين من غير لحاظ خصوصية فى ذلك المكان فلا كلام و يجوز فى الفرض لمتولى الوقف نقله الى مسجد آخر حتى مع إمكان الانتفاع به فى ذلك المسجد و ذكر المصنف (ره) ان هذا النحو من الوقف ظاهر فى الماء الموضوع فى المسجد فإنه يوضع فى مسجد باعتبار انه أحد المواضع التى ينتفع به المصلين فيجوز معه الوضوء به من غير صلاة فى ذلك المسجد و ربما يظهر الاختصاص كما فى فرش حصير فى المسجد و هذا الاختصاص فى الترب الموضوعة أوضح و فى مثل ذلك لا يجوز النقل مع إمكان الانتفاع به فى المكان الموضوع فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٢٠

أو بدونه (١)

أقول لم يظهر وجه كون الاختصاص فى وقف الترب أظهر من وقف الحصير و مع ذلك لا- يمكن الاعتماد على ما ذكر من دعوى الظهور بل لا- بد فى الموارد من ملاحظة السيرة على عموم الانتفاع أو خصوصه و مع الشك فى كون الموقوف عليهم هو العام أو الخاص كما إذا شك فى وقف الماء على مطلق المصلين أو المصلين فى المسجد المزبور فالأصل عدم العموم و لا يعارض بأصالة عدم الوقف على الخاص فان جواز تصرف المصلين فى المسجد المزبور محرز فلا مورد للأصل فيه.

(١) اى بدون ما ذكره بعض الأساطين بان يزرع المسجد المزبور بدون اجارة و العمدة فى وجه ما ذكر كله من نقل الحصير و نحوه إلى سائر الأمكنة مع ملاحظة الأقرب فالأقرب هى استفادة تعدد المطلوب من وقف الواقف بقرينة عامة تجرى غالبا فى موارد الوقف الانتفاعى بل الصرفى و تلك القرينة هى إحراز ارادة الواقفين من جعل العين فى مكان و وقفها عليه جعلها صدقة جارية و تبديلها

بعین أخری فی بعض الموارد فهو ایضا لتلک القرینة المقتضیة للاشتراط الضمنی علی المتولین أو الموقوف علیهم إبقاء تلک الصدقة مهما أمکن و بأی نحو تیسر الممضی بقولهم علیهم السلام الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها.

و لو توقف إبقاء العین علی حالها ببیع بعضها و صرف صدقة ثمن ذلک البعض علی الباقی یقدم حیث ان إبقاء نفس العین صدقة بحسب تلک القرینة مقدم علی إبقاء الصدقة بالعلاج فی تمام العین بحسب مالیتها.

و لو أحرز فی مورد عدم ارادة الواقف تعدد المطلوب و إبقاء الوقف بعد انتهاء الموقوف علیهم أو انتهاء عائد الوقف أو زوال العنوان من العین الموقوفة یکون الوقف من المنقطع الأخر و سیأتی إنشاء اللّه تعالی حکمه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۱

ففی الضمان وجهان (۱) الاولی ان یخرب الوقف (۲)

---

(۱) لا- یخفی ان مفاد حدیث علی الید ضمان من تکون یده علی العین بغیر الایتمان سواء کان هو المتلف أم لا و قاعدة الإتلاف مفادها ضمان المتلف سواء کان المال بیده أو بیده مالکه فتعلیله (ره) ضمان الإتلاف بقاعدة الید من سهو القلم.

و کیف کان فالعمدة فی دلیل الضمان فی موارد الید و الإتلاف السیرة العقلائیة مع ورود روایات فی مواردهما فی الأبواب المتفرقة و مقتضاهما عدم الفرق بین کون المال ملکا للشخص أو الطبیعی و العنوان کما یشهد بذلک ما ورد فی تلک الزکاة و مال الوصیة قبل إقباضهما کصحیحة محمد بن مسلم قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) رجل بعث بزکاة ماله لتقسم فضاعت هل علیه ضمانها حتی تقسم قال إذا وجد لها موضعا فلم یدفعها الیه فهو لها ضامن حتی تقسم و ان لم یجد لها من یدفعها الیه فبعث بها الی أهلها فلیس علیه ضمان حیث ان بعث الزکاة من العزل الموجب لتعین الزکاة التی تکون ملکا للعنوان قبل التقسیم و الإقباض و هذه الصحیحة قرینة علی الجمع بین الروایات الواردة فی بعث الزکاة و ایضا لا فرق بین ضمان العین و منافعها.

و ما ذکر (قده) من عدم ضمان المنافع لا یزید علی مجرد الدعوی نعم لم یحرز وجه للضمان فی موارد الوقف التحریری من السیرة أو غیره فلا حظ و اللّه سبحانه هو العالم.

(۲) الصورة الاولی من صور جواز بیع الوقف ما إذا خرب بحیث یسقط العین عن قابلیة الانتفاع بها کالحصیر الخلق و الجزع البالی أو الحیوان المذبوح و المراد عدم إمکان انتفاع البطون اللاحقة من عین الوقف کما فی المذکورات لا سقوطها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۲

....

عن قابلیة الانتفاع حتی بالإضافة إلی البطن الموجود و الا سقطت مالیتها فلم یجز بیعها باعتبار عدم مالیتها.

و الحاصل ان المراد صیرورة العین بحیث لو انتفع البطن الموجود بها یکون الانتفاع بها من قبیل إتلافها کصرف الجذوع البالیة فی الإحراق فلا تبقی عین حتی تنتفع بها البطن اللاحق و القرینة علی کون المراد ذلک ما یذکره (ره) من دوران الأمر فی هذه الصورة بین أمور ثلاثة الأول ان لا یتصرف البطن الذی تکون العین ملکهم فعلا بل تبقی العین بحالها حتی تتلف الثانی انتفاع البطن الموجود بها بإتلافها کما فی الحیوان المذبوح بأکله و فی الجذوع البالیة و الحصیر الخلق بالإحراق و الثالث بیعها و شراء ما یکون قابلا للانتفاع حتی بالإضافة إلی البطون اللاحقة.

ثم ذکر أولا ان جواز البیع فی هذه الصورة لیس باعتبار قیام دلیل خاص علیه بل باعتبار قصور المقتضی و عدم الدلیل علی عدم جواز بیع الوقف فی مثل هذه الحالة فإن عدم جواز بیع الوقف لم یعم الفرض و روایة عدم جواز شراء الوقف منصرفة الی ما یکون قابلا لانتفاع البطن اللاحق من العین مع انتفاع البطن الموجود منها و روایة الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها ناظرة إلی إمضاء الوقف بما

رسمه الواقف و عدم جواز بیعه لیس مما رسمه بل هو حکم شرعی کما مر بل لو کان إبقاء العین مما رسمه الواقف کان رسم الواقف و اشتراطه فی صورهٔ قابلیهٔ العین للانتفاع.

و حیث کـان لقائـل أن یقول إذا لم یکن دلیل علی جواز البیع و منعه تصل النوبـهٔ الی الأصل العملی و هو استصـحاب عـدم جواز بیع الوقف ذکر ثانیا تردید الأمر فی هذه الصورهٔ بین أمور ثلاثهٔ ثالثها جواز البیع و شراء ما یصلح للبقاء و جزم ببطلان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۳

نعم یمکن ان یقال إذا کان الوقف مما لا یبقی (۱).

الأولین لیتعین الثالث فلا تصل النوبـهٔ الی الأصل العملی و أضاف إلیه عـدم جریان الاستصـحاب المزبور فی نفسه بدعوی انه لو فرض عدم الجواز فعلا لکان هذا منعا جدیدا غیر المنع السابق فان المنع السابق کان فی ضمن وجوب رعایهٔ الحقوق للبطون اللاحقهٔ فلم تبق تلک الحقوق بعد سقوط العین عن قابلیهٔ الانتفاع بها کما تقدم.

(۱) أقول ظاهر کلامه فرض الخراب فی الوقف الخاص و من الظاهر العین الموقوفـهٔ فیه باعتبار عـدم القرینـهٔ العامـهٔ علی اشتراط إبقاء الوقف ببـدلها لو وصلت الی حـد یکون انتفـاع البطن الموجود منهـا بإتلافهـا و الوقف یقتضـی جواز الانتفـاع بها فعلا و إذا لم یمکن الانتفاع بها بوجه تبقی العین للبطون الآتیـهٔ یجوز للبطن الموجود ذلک الانتفاع کأکل الحیوان المـذبوح و جعل الجـذوع البالیـهٔ وقودا کمـا یجوز لهم بیعهـا و بالبیع أو الإتلاف ینتهی أمـد الوقف و لا یحتاج البیع إلی إذن المتولی للبطون الآتیـهٔ لأن مع عـدم قابلیـهٔ العین للبقاء مع انتفاع البطن الموجود لا یثبت للبطن اللاحق حق فی الثمن لیشتری بها ما یکون وقفا للبطون کما لا یمنع الوقف عن بیع البطن الموجود لکون العین ملکهم علی الفرض.

إذا کـانت العین ملکـا طلقا للبطن الموجود بحیث یترتب علیه جواز إتلافها أو بیعها و اختصاص الثمن للبطن المزبور یکون ذلک بعینه ما تقـدم من صاحب الجواهر من انتهاء الوقف و انحلاله بجواز البیع فیرد الاشـکال المتقـدم من أنه لو فرض بقاء العین الی زمان البطن اللاحق کمـا إذا لم یبعهـا البطن الموجود و لم ینتفعوا بها و لو بإتلافها لزم ان لا تکون العین ملکا للبطن اللاحق بل ملکا لورثـهٔ البطن الموجود و لعله

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۴

و مما ذکرنا یظهر ان الثمن علی تقدیر البیع (۱)

الی ذلک أشار بقوله فتأمل.

و لکن الظاهر عـدم انحلال الوقف بـالحکم بجواز البیع حیث انه لو انحـل الوقف بجوازه لرجعت العین الی ملک الواقف و لا تکون ملکا للبطن الموجود أیضا فإن ملکیتهم قد حصلت بالوقف و بانتهائه و انحلاله تنتهی الملکیهٔ.

و الحاصل ان الملکیـهٔ المجعولـهٔ للبطن اللاحق بمقتضـی الوقف التملیکی علی تقـدیر بقاء العین الی زمانهم و إذا فرض عـدم حصول المجوز للبیع تبقی العین الی زمانهم بفساد البیع علی تقـدیره و اما إذا فرض جواز بیعها أو إتلافها فباعها البطن الموجود لا تبقی عین و یکون الثمن ملکـا للبطن الحاضـر و امـا إذا لم یبعهـا البطن الموجود و لم تتلف و بقیت الی زمان البطن اللاحق تکون ملکا لهم و علی الجملهٔ یکون انحلال الوقف بالبیع أو الإتلاف فیما إذا لم یکن فی البین اشتراط إبقاء الوقف مهما أمکن و لو بمالیته فتدبر.

(۱) تعرض (ره) فی المقـام لأـمور: الأول انه مع بیع العین الموقوفـهٔ لا یختص البطن الموجود بالثمن بل الثمن یکون ملکا للبطون علی حـد ملک المعوض لهم و لـذا لاـ یحتاج البـدل فیما کان قابلا للانتفاع مع بقاء عینه الی إنشاء الوقف بل یکون ملکا للبطون علی حد المعوض بمقتضی المبادلهٔ و مع عدم کون البدل قابلا للانتفاع مع بقاء عینه یشتری به ما یکون قابلا للانتفاع کما ذکر.

و ذکر (ره) فی وجه ذلـک کله مـا توضـیحه ان العین الموقوفـة ملـک فعلی للبطن الموجود لکن لا ـ بملکیـة مطلقـة بل الملکیـة للبطن الموجود موقتة من حیث المنتهی بحال حیاتهم و لذا لا یجوز فی الوقف الخاص نقل العین الی الغیر بإعطاء ملکیتها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۵

....

الأبدیـة کما لا یجوز لهم اجارة العین بأزیـد من مدة حیاتهم الا فضولا بخلاف مالک العین بالملکیة المطلقة فإنه یجوز له ان یتصـرف فی ماله بإعطاء ملکیته الأبدیة للغیر و إجارته بمدة تزید علی مدة حیاته فان ذلک مقتضی الملکیة المطلقة الثابتة له.

و الحاصـل ان العین فی الوقف الخـاص ملـک للبطن الموجود فعلا و ملک شأنی للبطن للاحق بمعنی ان العین تصـیر ملکا فعلیا للبطن اللاـحق بعـد انقضاء البطن الموجود بملکیـة یتلقوها من الواقف الی بمقتضـی جعله لا من البطن الموجود کما فی موارد الإرث و علی ذلک فان کانت العین الموقوفة ملکا فعلیا للبطن الموجود یکون بدل العین بمقتضـی المعاوضة کذلک حیث لو أمکن عدم قیام البدل مقام العین کما ذکر بان لا یکون البدل ملکا شأنیا للبطن اللاحق لأمکن ان لا یکون ملکا فعلیا للبطن الموجود.

ثم ان الحکم بکون البـدل ملکا فعلیا للبطن الموجود و شأنیا للبطن اللاحق اولی مما ذکروه فی دیـة العبد الموقوف المقتول حیث قالوا ان الدیـة تکون ملکا للبطن الموجود و البطن اللاحق علی قرار الوقف و وجه الأولویـة ان الدیـة بـدل شـرعی حکم بها بعد تلف العین فیمکن ان یختص بالبطن الموجود.

و کـذلک بـدل العین الموقوفـة أولی بعـدم الاختصـاص للبطن الموجود مما ذکروه فی تلف العین المرهونـة حیث قالوا ان بـدل تلک العین یکون رهنا.

و وجه الأولویـة انه یمکن ان یقال ان العین المرهونـة کانت رهنا بما انها ملک للمالک المـدیون و قـد فرض زوال ملک المدیون عن العین فیمکن ان یزول الرهن عنهـا من غیر ان یتعلق بالبـدل بخلاف الملک الشأنی للبطن اللاحق حیث انه تعلق بالعین لا بما أنها ملک للبطن الموجود بل بما أن الملکیة المزبورة کالملکیة الفعلیة للبطن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۶

....

الموجود مجعولة بجعل الواقف و إنشائه و کل من الملکیتین موقتة کما تقدم.

أقول کل ذلک حسن و لکنه (ره) غفل عن نکتـة واحدة و هی انه لا معنی للملک الشأنی فی المقام الا ان العین علی تقدیر بقائها إلی زمان انقضاء البطن الموجود تصـیر ملکا فعلیا لـذلک البطن و ان الملکیـة الموقتة للبطن الموجود فی هذا الفرض فقط و اما علی تقدیر تلف العین أو إتلافه حقیقـة أو حکما بحیث لا تبقی الی زمان انقضاء البطن الموجود فلم یجعل للبطن اللاحق ملکیة و لا تکون ملکیة البطن الموجود فی فرض تلف العین محدودة موقتة و لذا لا یکون البطن الموجود ضامنا للبطن اللاحق فیما إذا انتفعوا بالعین المخروبة بإتلافها کجعل الجذوع البالیة وقودا.

و علی ذلـک فـإن أتلفوا العین ببیعهـا مع جواز البیع فلا یکون للبطن اللاحق ملکیـة لیـدخل البـدل فی ملکهم نعم إذا بقیت العین و لم یتصرف فیها البطن الموجود أصلا حتی وصلت العین الی البطن اللاحق تکون ملکا لهم فلا حظ و تدبر.

الثانی- انه لا یجری علی البدل حتی فیما إذا کان قابلا لانتفاع البطون مع بقاء عینه حکم الوقف الابتدائی من عدم جواز بیعه بل یجوز معاوضـته بعین اخری مع صـلاح البطون فـان عـدم جواز البیع حکم شـرعی بالإضافـة إلی الوقف الابتـدائی أی مـا یکون وقفـا بإنشـاء الواقف و لا یعم ما کان وقفا بالمبادلة و لو کان عدم جواز البیع باعتبار الاشتراط من الواقف فلا ینبغی الریب فی ان الاشتراط بالإضافة

الى ما إنشاء الوقف له و لا يجرى فى بدله.

الثالث- انه لا يجب شراء مماثل الوقف بحسب العنوان بل يجوز شراء كل ما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۷

....

يكون صالحا لانتفاع البطون مع رعاية صلاحهم و الوجه فى ذلك ما تقدم من عدم كون العين الموقوفة ملكا طلقا للبطن الموجود بل يتعين بيعها و شراء ما يكون قابلا لانتفاع البطون مع بقاء عينه و لو لم يكن البدل داخلا فى عنوان المبدل و مماثلا له.

و لكن ذكر فى محكى التذكرة ان الوقف مع وصوله الى حد الخراب يباع و يصرف ثمنه فى جهة الوقف و يكون صرفه فيها بشراء المماثل مع إمكانه و مع عدمه يشترى ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه و ان لم يمكن ذلك ايضا يدفع الثمن الى الموقوف عليهم الموجودين يتصرفون فيه بما شاء و علل شراء المماثل مع إمكانه و شراء مطلق ما يصح وقفه مع عدم إمكانه بالجمع بين غرض الواقف و هو انتفاع البطون و العمل باشتراط إبقاء العين حيث ان شراء المماثل إبقاء للعين بحسب نوعها و احتمال لزوم إبقائها بشخصها غير صحيح لاستلزامه فى الفرض فوت غرضه بتمامه كما ان احتمال عدم لزوم الشراء أصلا بأن يدفع الثمن الى البطن الموجود فيتصرفون فيه بما شاءوا ايضا غير صحيح لأنه إخراج للعين أو بدلها عن ملك البطون اللاحقة مع استحقاقهم تلك العين مع عدم وجودهم فعلا كاستحقاق الموجودين.

و ذكر المصنف (ره) فى عدم اعتبار شراء المماثل أمرين أحدهما انه لم يظهر ان شراء المماثل أقرب الى غرض الواقف فان غرضه يختلف و لا يقف على حد مثلا ربما يكون غرضه الانتفاع بثمرة البستان و إذا لم يمكن الانتفاع لغور مائه و دار الأمر بين شراء بستان لا- ينتفع الموقوف عليهم بثمرته بل يصل إليهم قيمته و بين شراء ملك أخر يصل إليهم اجرة منفعته فلا وجه للقول بان شراء البستان أقرب الى غرض الواقف خصوصا إذا كان الملك الآخر أكثر نفعا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۸

....

و ثانيهما انه لا دليل على وجوب رعاية غرض الواقف بل اللازم اتباع الوقف على النحو الذى رسمه الواقف و إذا كان غرض الواقف خارجا عن مدلول إنشائه و وقفه فلا يعمه قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و الحاصل ان غاية ما يمكن ان يقال فى المقام ان العين المخروبة لا- تخرج عن ملك البطون و مقتضى ذلك ان لا يجوز للبطن الموجود الانتفاع من الوقف بإتلافها كجعل الجذوع البالية وقودا بل يتعين على تقدير إرادتهم الانتفاع تبديلها بشراء ما يصلح لانتفاع البطون سواء كان مماثلا للعين الموقوفة أم لا كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع و نفوذه بعد إحراز جواز بيع تلك العين فيكون المقام نظير ما إذا أحرز جواز بيع المصحف و شك فى اعتبار إسلام مشتريه كما لا يخفى.

أقول لو كان المتبع مدلول الوقف فقد ذكرنا ان مدلوله ثبوت الملكية للبطن اللاحق على تقدير بقاء العين الى زمانهم مع إمكانه و إذا فرض وصول العين من الخراب الى حد لم يمكن إبقاء العين للبطن اللاحق مع انتفاع البطن الموجود لم يكن على البطن الموجود إلزام بإبقاء العين من ناحية رسم الواقف و لا من ناحية الشارع فيجوز للبطن الموجود إتلاف عينه أو نقله الى الغير مجانا أو مع العوض و بكل منهما ينتفى التقدير الذى جعل الملكية للبطن اللاحق على ذلك التقدير فيختص الثمن بالبطن الموجود فلا يجب عليهم شراء البدل فضلا عن صيرورته وقفا بمجرد الشراء.

نعم إذا أمكن إبقاء بعض الوقف ببيع بعضه و صرف ثمنه على الباقى تعين ذلك لان إلزام الواقف بالإضافة إلى البعض و نهى الشارع

عن بیع کله بحاله هذا کله فیما لم یکن فی البین قرینة عامة علی إبقاء الوقف مهما أمکن کما فی الوقف العام و الا تعین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۹

ثم ان المتولی للبیع هو البطن الموجود (۱)

شراء البدل.

(۱) ذکر (ره) ان المتولی للبیع هو البطن الموجود مع الحاکم الشرعی حیث انه ولی علی البطون اللاحقة و لیست للناظر الی الوقف ولایة بالإضافة إلی بیع العین الموقوفة حیث ان النظارة المجعولة له منحصرة بالأمور الراجعة إلی صورة بقاء العین و إبقائها.

و یمکن ان یقال ان البیع راجع الی الناظر و لا یکون للبطن للموجود و لا الحاکم الشرعی مع الناظر الی الوقف أمر حیث انه منصوب من قبل الواقف للأمور الراجعة إلی الوقف و بیعه و شراء البدل من تلک الأمور.

و دعوی عدم شمول حق النظارة للتصرف فی العین بإخراجها عن ملک البطون فی صورة جوازه شرعا لم یعلم وجهها بعد کون ذلک من تلک الأمور نعم لا یبعد سقوط نظارته بالإضافة إلی البدل مع إمکان القول ببقاء نظارته حتی بالإضافة إلی البدل.

أقول بعد ما ذکرنا ان العین الموقوفة ملک البطن الموجود فعلا و لهم نفی التقدیر الذی تصیر معه العین فی المستقبل ملکا للبطن اللاحق فلا معنی لدخالة الناظر فی نفی ذلک التقدیر من البطن الموجود سواء کان ذلک النفی بإتلاف العین حقیقة أو حکما بالبیع و نحوه.

نعم فیما إذا کانت فی الوقف قرینه و لو کانت عامة علی إبقاء الوقف بأی وجه أمکن و لو ببیع العین الموقوفة و إبدالها کما فی الوقف الصرفی أو الانتفاعی یکون ذلک للمتولی من قبل الواقف و مع عدمه یرجع الی الحاکم الشرعی حیث ان ابدال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۰

فلا یجوز دفعه الی البطن الموجود (۱) و الربح تابع للأصل (۲)

العین الموقوفة فی الوقف الصرفی أو الانتفاعی من الأمور الحسبیة الراجعة إلیه کما لا یخفی.

(۱) قد تقدم مما ذکرنا ان الثمن فی الوقف الخاص یکون للبطن الموجود و لا- یجب علیهم شراء عین أخری قابلة للوقف الا- مع الاشتراط علیهم فی الوقف و بدون ذلک یکون الشراء احتیاطا استحبابیا و یؤید بل یدل علی بعض ما ورد فی بیع الوقف المزبور علی ما تسمع.

نعم لو لم یمکن فی الوقف الصرفی و الانتفاعی شراء البدل ینتظر زمان التمکن علی شراء البدل و مع الصلاح یجوز للمتولی الاتجار بثمن الوقف و یکون ربحه تابعا للأصل و لا یصرف ذلک الربح الی الموقوف علیهم إلا إذا فهم من الوقف الصرف علیهم فی کل زمان بأی نحو أمکن.

(۲) یعنی إذا کان ثمن الوقف مأة درهم مثلا فشروا به فرسا و باعوه بعد ذلک بمأتین فیکون تمام المأتین ملک البطون و لا یختص الربح بالبطن الموجود و وجهه ان الفرس کان ملکا للبطون علی ما تقدم و تمام المأتین بدل عن الفرس فلا بد من دخول المأتین فی ملک من یخرج عن ملکهم الفرس و هم تمام البطون علی قرار ما زعمه المصنف (ره) و الامتیاز فی ذلک بین مأة الربح و مأة الأصل و هذا بخلاف ما إذا وقف حیوانا علی أولاد زید فانجب الحیوان الولد فإنه یکون ذلک الولد ملکا للبطن الموجود کما هو مقتضی تملیک المنفعة للبطن الموجود و حبس العین علی البطون.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۱

وجهان آتیان (۱) ان یخرب الوقف بحیث یسقط عن الانتفاع (۲) انه ذکر بعض جواز بیع الوقف (۳)

(۱) إذا احتاج العین الموقوفة إلی التعمیر و الترمیم لأجل بقائها و حصول النماء منها فان عین الواقف ما یصرف فی تعمیرها فهو و الا صرف نمائها فی تعمیرها مقدما علی حق الموقوف علیهم بلا فرق بین الوقف الخاص و العام حتی فیما إذا استلزم صرف نمائها علی تعمیره حرمان البطن الموجود و ذلک فان المتفاهم العرفی من الوقف إبقائها و ان وصول منافعها الی الموقوف علیهم ملکا أو صرفا أو انتفاعا بعد لحاظ إبقائها و کأن هذه بقرینة عامة فی کل وقف کما لا یخفی.

و لکن لا یجری هذا فیما إذا کان بعض الوقف خرابا بحیث یجوز بیعه فإنه بالبیع یختص الثمن بالبطن الموجود علی قرار ما تقدم فلا یجب علیهم صرفه فی عمارة الباقی أو فی عمارة وقف آخر و ان کان ذلک أحوط.

(۲) المراد بالخراب فی هذه الصورة ان تصل العین الموقوفة من الخراب الی الحد الذی لا یصل الی الموقوف علیهم من المنفعة أو النفع الا مقدار یسیر یلحق بالمعدوم مع إمکان تعمیره من عائدة أو ببیع بعضه علی ما تقدم و الموجب لجواز البیع فی هذه الصورة أیضا قصور المقتضی علی قرار ما تقدم فی الصورة الاولی و یجری علی بیعه من اختصاص الثمن بالبطن الموجود أو تحصیل ما یقبل الوقف بذلک الثمن ما جری علی البیع فی الصورة الاولی فلا نعید.

(۳) البعض هو صاحب الجواهر (ره) فإنه ذکر فی وجه بطلان الوقف فی صورة خراب الوقف ان من شرط الوقف کون العین مع بقائها صالحة لانتفاع الموقوف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۲

....

علیهم و هذا الشرط یکون مرعی فی حدوث الوقف و بقائه و فیه انه لا دلیل علی اعتبار ما ذکر إلا فی حدوث الوقف حیث ان الوقف فی حقیقته تحریری و تملیکی و صرفی و انتفاعی و لا یقتضی شیء من ذلک تمام الوقف بالخراب علی ما تقدم مثلا لا تخرج العین الموقوفة عن ملک البطن الموجود أو الطبیعی بمجرد سقوطها عن قابلیة الانتفاع بها و کذلک فی الوقف الانتفاعی فیما إذا لوحظ فی الوقف الانتفاع و لو ببدلها.

و الحاصل لیس اشتراط الوقف بکون العین قابلة للانتفاع بها الا کاشتراط المالیة فی العوضین فی البیع و إذا اشتری مالا و خرج بعد ذلک عن المالیة لا یکون خروجه عنها موجبا لبطلان البیع و انحلاله و فی المقام یکون سقوط العین الموقوفة عن الانتفاع المعتد به مع عدم إمکان علاجها لا- یوجب الا- جواز بیعها و إبطال وقفیتها مطلقا کما فی الوقف الخاص أو الی بدل کما فی الوقف العام من الصرفی و الانتفاعی علی ما مر.

و ألحق (ره) انعدام عنوان العین الموقوفة بصورة خرابها فی انحلال الوقف کما إذا وقف بستانا فغار مائه و یبست أشجاره فإنه یبطل الوقف و بطلانه لانتفائه العنوان عن العین المنشأ لها الوقف بذلک العنوان.

و ربما یؤید ذلک بما ذکروا من انه لو اوصی لزید دارا و انهدمت الدار قبل موت الموصی بطلت الوصیة و أورد المصنف (ره) علی ما ذکر من ان انعدام العنوان بعد تمام الوقف لیس کانعدام عنوان المبیع بعدم تمام البیع کما لو اشتری بستانا و غار مائه و یبست أشجاره بعد ذلک فان ذلک لا یوجب انحلال البیع و خروج الأرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۳

....

و الأشجار الیابسة عن ملک المشتری.

و كذلك الأمر فى الوقف و حتى فى الوصية بعد تمامها و اما بطلانها بانعدام العنوان قبل موت الموصى فهو باعتبار أن متعلق التملك فى الوصية هو البستان حال موت الموصى و لذا لا يعتبر وجود الموصى به حال الوصية و مع انعدام العنوان قبل موته لا يكون الموصى به و الى ذلك أشار (ره) من ان بطلان الوصية بانتفاء العنوان قبل موت الموصى من جهة أخرى لا من جهة اعتبار بقاء العنوان فى بقاء الوصية أو الوقف.

أقول ما ذكره (ره) حسن فيما إذا كان العنوان المأخوذ مشيرا الى العين الخارجى فقط كما فى قوله بعت هذه بكذا و اما إذا لو حظ مشيرا إليها و تحديد الوقف بما دام ذلك العنوان نظير العنوان المأخوذ فى موضوعات الأحكام كما فى قوله أكرم كل عالم حيث ان عنوان العالم و ان يؤخذ عنوانا للخارج الا انه مع ذلك لو حظ تحديد الحكم به فلا محالة يرتفع الوقف بارتفاع العنوان و إذا قال وقفت هذا البستان على كذا ما دام كونه بستانا فبارتفاع العنوان عنه بالمرة يرتفع الوقف و يعود العين بعده الى ملك واقفها أى يكشف عن عدم جعل الملكية بعد ذلك للموقوف عليهم من الأول و لذا تدخل العين فى ملك ورثة الواقف زمان موته لا ورثته فى زمان زوال العنوان.

و إذا مات الواقف عن ولدين ثم مات أحد الولدين عن بنت فترث العين المزبورة البنت مع عمها بالمناصفة نظير ما سيأتى فى غير هذا الفرض من الوقف المنقطع آخره أى العين الموقوفة التى تبقى بعد انتهاء الموقوف عليهم نعم فيما إذا تقم قرينة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۳۴

الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف أنفع (۱)

على تحديد الوقف بالعنوان نظير ما فى المثال فمقتضى كون الوقف من قسم المعاملات كون العنوان مأخوذا لمجرد الإشارة إلى العين كما لا يخفى.

(۱) المنسوب الى المفيد (ره) جواز بيع الوقف إذا كان أعود و أنفع للموقوف عليهم و زيادة النفع قد تلاحظ بالإضافة الى جميع الموقوف عليهم كما إذا يشترى بثمن الوقف عينا تكون وقفا على قرار العين الموقوفة و قد تلاحظ بالإضافة إلى البطن الموجود كما إذا قيل باختصاص الثمن للبطن الموجود.

و لكن لا يخفى انه إذا كان الدليل على جواز البيع فى هذه الصورة رواية على بن جعفر بن حيان أو رواية الاحتجاج فمقتضاهما كون البيع أنفع بالإضافة إلى البطن الموجود بل مقتضى ما تقدم ان مع بيع البطن الموجود ينتهى التقدير الذى جعل معه الملكية للبطن اللاحق على ذلك التقدير و لذا يختص الثمن بالبطن الموجود.

و مع الإغماض عن ذلك ما ذكر المصنف (ره) من ولاية البطن الموجود أو بائع الوقف على إسقاط حقوق البطون الآتية قبل بيعهم ليكون المبيع ملكا طلقا لهم فيباع لا يمكن المساعدة عليه فإنه من المحتمل ولايتهم على التصرف فى الثمن الذى لا يكون ملكا طلقا لهم.

و تظهر الثمرة بين هذا و ما ذكره (ره) من صيرورة الوقف ملكا طلقا للبطن الموجود قبل بيعهم فيما لو انفسخ البيع المزبور لجهة فإنه يرجع الوقف الى حاله بناء على ما ذكرنا و الى البطن الموجود طلقا بناء على ما ذكره (ره) و ايضا لو كان للبطن الموجود الولاية على إبطال الوقف قبل بيعهم لبطل ملكيتهم للعين أيضا لأن ملكيتهم كانت بالوقف فترجع العين الى ملك الواقف كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۳۵

كما انه يمكن حمل اعتبار رضا الكل (۱)

و كيف ما كان فالصحيح عدم صحة بيع الوقف و عدم جوازه حتى فى هذه الصورة باعتبار ضعف الروايتين سندا و دلالة على ما

ستسمع.

(۱) حاصله ان المستفاد من روایة جعفر بن حیان اعتبار اجتماع أمور ثلاثة فی جواز بیع الوقف الأول حاجة الموقوف علیهم ای البطن الموجود و الثانی کون البیع أنفع لهم من بقاء الوقف بحاله الثالث اجتماعهم علی البیع فلا- یجوز لبعضهم بیع الوقف و لکن الأمر الثالث لا یعتبر فی بیع الحصة و یحمل اعتبار الاجتماع علی صورة بیع تمام الوقف فان هذا الحمل مقتضی الجمع بین هذه الروایة و روایة الاحتجاج المجوزة، لبعضهم بیع ما قدر علیه من حصته و انه لا یعتبر فی نفوذ هذا البیع اجتماع الموقوف علیهم علی الرضا.

و بتعبیر آخر روایة الجعفری دالة بالإطلاق علی عدم نفوذ بیع البعض حتی فی حصته و روایة الاحتجاج دالة علی نفوذ خصوص بیع البعض حصته من الوقف فیرفع الید عن الإطلاق بالثانی و یؤید ذلک صدر روایة علی بن مهزیار الآتیة الدالة علی اذنه (ع) فی بیع حصته من الوقف مع کونها بعضا منه و یبقی اعتبار الأمرین الأولین.

و لا- یمکن الاستدلال بالروایة علی جواز بیع الوقف لمجرد کون بیعه أنفع للموقوف علیهم کما هو المفروض فی الصورة الرابعة بل یمکن ان یقال بان مدلول الروایة جواز بیع الوقف لمجرد حاجة الموقوف علیهم و لیس کون البیع خیرا لهم شرطا فی جوازه فان قوله (ع) و کان البیع خیرا لهم تمهید لذکر الجواب و هو جواز البیع مع حاجتهم الی ثمنه و لیس من الشرط التعبدی و وجه ذکره تمهیدا أن الموقوف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۶

و مما ذکرنا یظهر الجواب من روایة الحمیری (۱)

علیهم حیث لا یقدمون عادة علی البیع فیما إذا لم یکن البیع أصلح بحالهم و لا یحصل لهم الداعی إلی البیع المزبور إلا فی هذا الحال ذکر انه إذا کان البیع أصلح بحیث حصل لهم الداعی إلی البیع فلا بأس.

و الحاصل الشرط المزبور لا- یکون قیدا لجواز البیع بل من قبیل فرض الداعی إلی البیع مع احتمال ان یراد بکون البیع خیرا لهم دفع حاجتهم التی فرضها السائل فتکون ظاهر الروایة أو محتملها جواز البیع مع حاجة الموقوف علیهم الی ثمنه و هذا غیر الصورة الرابعة بل أمر لم یلتزم به أحد کما یأتی فی الصورة الخامسة.

لا یقال روایة الجعفری واردة فی الوقف المنقطع للاقتصار فیها بذکر الأعقاب و لم یذکر فیها ان المال کان وقفا علی فقراء المسلمین مثلا مع انقضاء الأعقاب لیکون وقفا مؤبدا فإنه یقال عدم ذکر ذلک لا یدل علی الانقطاع بل کان علی الامام علیه السلام الاستفصال فی جوابه بین کون الوقف مؤبدا کما ذکر أم لا- علی تقدیر الفرق بینهما فی الحکم مع انه لا یمکن الالتزام بجواز بیع وقف المنقطع ایضا بمجرد حاجه البطن الموجود و لعله الی ذلک أشار (ره) بقوله فافهم.

(۱) لا یخفی ان روایة الحمیری ظاهرها جواز بیع الوقف فیما إذا لم یکن المال موقوفا علی امام المسلمین و لم یؤخذ فیها قید الحاجة بل لم یؤخذ فیه کون البیع أصلح بناء علی إطلاق الذیل و عدم کونه فی صدرها شرطا تعبدیا فکیف یظهر الجواب عنها مما ذکره فی روایة الجعفری و أیضا إذا فرض انه لیس کون البیع خیرا شرطا تعبدیا لقضاء العادة بأن الإنسان لا یقدم علی البیع إلا إذا کان أصلح لجری ذلک فی الحاجة أیضا فإن الإنسان لا یقدم عادة علی بیع سکناه أو ضیعته إلا إذا کان محتاجا الی ثمنه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۷

....

فلا یکون الحاجة الی الثمن ککون البیع خیرا شرطا تعبدیا مع ان الحاجة قد فرضت فی السؤال و لم تؤخذ فی الجواب لیوجب رفع الید عن إطلاق الجواز الوارد فی روایة الحمیری.

و الحاصل ان مقتضـى الروايتين جواز بيع الوقف فيما إذا لم تكن العين موقوفة على امام المسلمين مطلقا أو فيما كان البيع أصلح بحال البطن الموجود و لا يعتبر فيه حاجة الموقوف عليهم.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر النائينى (ره) من ان النسبة بين رواية الحميرى و مثل رواية على بن راشد الدالة على عدم جواز بيع الوقف و شرائه هى التباين و لكن صورة الخراب خارجه عن مدلول رواية على بن راشد حيث تقدم جواز شراء الوقف فى تلك الصورة و بعد إخراج تلك الصورة عن مدلولها تكون أخص مطلق بالإضافة إلى رواية الحميرى فيرفع اليد بها عن إطلاق رواية الحميرى و كذا رواية الجعفرى بحملهما على صورة الخراب الوقف فتكون النتيجة عدم جواز بيع الوقف فى غير صورة الخراب و جوازه فيها.

و وجه الظهور ان رواية على بن راشد فى نفسها لا تعم صورة الخراب فكيف تكون النسبة بينها و بين رواية الحميرى التباين ليعالج بما ذكر هذا أولا.

و ثانيا- انه لا يمكن حمل رواية الحميرى على صورة خراب الوقف فان هذا الحمل لو لم يكن من حمل الإطلاق على الفرض النادر فلا أقل من كونه منافيا للتفصيل بين ما إذا كان الوقف على امام المسلمين و غيره كقوم من المسلمين فان جواز البيع فى صورة خراب الوقف يعم كلا القسمين و رواية ابن حنان قد فرض فيها ثبوت الغلة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۱۳۸

....

للأرض الموقوفة.

و ثالثا- ان النسبة بين الروايتين العموم من وجه لأخذ خصوصية عدم الخراب فى رواية على بن راشد المانعة عن بيع الوقف و أخذ خصوصية الوقف على غير الإمام فى الرواية المجوزة فتتعارضان فيما إذا لم يخرب الوقف على غير الامام و بعد تساقطهما يرجع الى عموم حل البيع كما لا يخفى و اما صدر صحيحة على بن مهزيار الدالة على جواز بيع حصة الإمام (ع) من الوقف فلم يظهر منها ان البيع المزبور بيع بعد تمام الوقف كما يأتى.

و عن بعض الأجلة انه يحتمل ان يكون البيع الأرض المفروضة فى رواية جعفر ابن حيان على القاعدة بان لا يكون المراد من وقف الغلة الوقف المصطلح فإنه لم يفرض فى الرواية وقف الأرض ذات الغلة بل ذكر فيها وقف الغلة و كما يحتمل ان يكون المراد بالغلة الأرض ذات الغلة يحتمل ان يراد بالوقف معناه اللغوى أى الإسكان و الإيقاف عليهم بأن يعين المالك الغلة على قرابته من امه و أبيه و بعد إخراج مقدار منها يقدر بثلاثمائة درهم على الآخر الذى لا قرابة بينه و بين الواقف.

و الحاصل ان الوقف بمعناه اللغوى يصح نسبته إلى الغلة و المنفعة و ما ذكر فى الرواية رجل وقف غلة له على قرابته اما ان يراد به الوقف المصطلح بان يحمل الغلة على الأرض ذات الغلة حيث ان المنفعة بنفسها غير قابلة للوقف و اما ان يراد من وقف الغلة معناه اللغوى و يؤيد ذلك ما فى نسخة التهذيب أوقف غلة له و الإيقاف كما قيل بان استعماله فى الوقف المصطلح قليل و ما فى قوله من غلة الأرض التى وقفها يحتمل ان يكون (التى.) وصفا للغلة لا الأرض و من فى قوله (يرد ما يخرج من الوقف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۱۳۹

....

بيانا لما يخرج و على ذلك يكون بيع الأرض مع هذا الإيقاف اللغوى على القاعدة و يرجع الموصى له إلى المشترى بمقدار حقه أو يشترط البائع على المشترى دفع حقه إليه.

أقول ان كان المراد من وقف الغلة أو إيقافها الإيقاف الخارجى بان هيأ حال حياته أرضا ذات غلة و تركها لتكون غلتها فى تناول يدى قرابته من أبيه و امه مع الوصية ببعض الغلة للآخر يكون المراد بالغلة ايضا الأرض ذات الغلة و انه لا وجه للسؤال بذلك التعبير بل المناسب ان يقول رجل ترك أرضا ذات غلة و اوصى من غلتها للآخر هذا مع ان التعبير عن الوقف المعروف بالإيقاف غير عزيز فلا حظ حسنة على بن راشد المتقدمة حيث ذكر سلام اللّه عليه ادفعها الى من أوقفت عليه و ان كان المراد الإيقاف المعاملى فلا نتصور تلك المعاملة إلا الحبس المعروف بالعمرى و الوصية و الوقف بمعناه المعروف.

و الحبس المعروف بالعمرى لا يلائم ما فى ذيلها من تجويز البيع بعد انقضاء الموصى له و عقبه لورثة قرابة الميت ان لم يكفهم الغلة حيث ان ذكر عدم كفاية الغلة قرينة على ان المراد من الورثة الورثة للقرابة من أبيه و امه لا ورثة نفس الميت و لو كان الأرض ذات الغلة حبسا كما ذكر لكان البائع ورثة نفس الميت اى و لو كانوا ورثة ورثته.

و ارادة الوصية من الوقف بقرينة التفصيل بين قرابة الميت من أبيه و امه و الآخر الأجنبى فى التعبير غير مناسب أضف الى ذلك ما فى الرواية من موارد الظهور فى الوقف المعروف كقوله يرد الى ما يخرج من الوقف و كون التى وقفها وصفا لنفس الأرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۰

و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى (۱) السادس ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (۲)

---

(۱) ذكر فى السؤال حاجة الموقوف عليهم و عدم كفاية الغلة لهم و الظاهر ان الثانى بيان لحاجتهم و ان المراد عدم كفايتها لمؤنة سنتهم فتكون ظاهر الجواب جواز بيع العين الموقوفة مع فقر الموقوف عليهم و إمكان علاجه بالبيع المزبور و اما الحاجة الشديدة المعبر عنها بالاضطرار العرفى فمعى أمر آخر غير الفقر الشرعى و النسبة بينهما عموم من وجه و من الظاهر ان الدليل على ثبوت الحكم لعنوان يكون النسبة بينه و بين الآخر العموم من وجه لا يقتضى ثبوت ذلك الحكم لذلك العنوان الآخر و المتحصل انه لا يمكن إثبات جواز بيع العين الموقوفة فى الصورة الخامسة كالرابعة و الثالثة.

(۲) الظاهر ان المراد اشتراط الواقف ان يبيع الموقوف عليهم العين الموقوفة عند حاجتهم الى ثمنه و اما إذا كان الشرط بيع الواقف العين لنفسه عند حاجته الى ثمنه فان كان وقفه بعنوان الصدقة كما إذا كان بقصد القربة فلا ينبغى الريب فى بطلان شرطه فان كل ما كان بقصد القربة فلا يجوز الرجوع فيه سواء كان بالإنشاء أو بالفعل و من الفعل البيع المشترط.

بل يمكن ان يقال بطلان الوقف مع الاشتراط المزبور كما ربما يستظهر من صحيحة ابن الفضل الهاشمى قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حال حياته فى كل وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شىء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله للّه يكون له حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة قال يرجع ميراثا على أهله أضف الى ذلك عدم إحراز صدق عنوان الوقف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۱

....

مع الاشتراط المزبور ليعمه قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و بهذا يظهر الحال فيما إذا لم يكن مع الاشتراط المزبور قصد القربة.

و الحاصل مع عدم إحراز صدق عنوان الوقف يؤخذ باستصحاب بقاء المال فى الملك و هذا بخلاف صورة اشتراط البيع للموقوف عليهم فى بعض الموارد فان الاشتراط لا ينافى الوقف كما يظهر ذلك من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الاتية الواردة فى الوقف بينبع.

و اما إذا كان اشتراط البيع للموقوف عليهم مطلقا بان يبيعوا العين فى أى زمان شاؤا فلا يبعد منافاته لأصل الوقف ايضا خصوصا فيما إذا لم يكن فيه قيد كون البدل وقفا أو شراء البدل فإن حقيقة الوقف فى حدوثه يتقوم باشتراط إبقاء العين بحيث لا ينافيه الاستثناء فى بعض الموارد.

و على تقدير الإغماض عن ذلك يكون اشتراط البيع كذلك منافيا لقوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا يفيد مع النهى الوضعى مثل قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فإنه لا يعم الا الالتزام و الإلزام بين الطرفين مطلقا أو لم يكن ابتدائيا كما إذا كان فى ضمن عقد و الوقف لا ـ يكون من العقد و لا الشرط فيه بمعنى الإلزام و الالتزام من الطرفين و لا قوله الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فإنه مقيد بما إذا لم يكن إنشاء الوقف على نحو غير مشروع و إنشائه بحيث جاز بيعه و شرائه وقف بوجه غير مشروع كما هو مقتضى قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و على الجملة لا يرفع اليد عن النهى بيع الوقف الا فيما كان الاشتراط للموقوف عليه بمنزلة الاستثناء عما يقتضيه الوقف فى بعض الموارد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۲

قوله و الا فلا (۱).

فإن أراد بيع نصيبا من المال (۲)

---

(۱) يعنى إذا لم يكن شرط البيع فى موارد يجوز بيع الوقف فيها بلا اشتراط فلا يصح لا الشرط و لا الوقف بل لا يقع التصرف المزبور حبسا ايضا و الوجه فى عدم وقوعه حبسا ان مورد الحبس يبقى المال فى ملك الحابس و يكون للمحبوس له ملك الانتفاع و إلزام الواقف فى الفرض بشراء البدل ينافى بقاء المال على ملكه باعتبار ان ظاهر شرط شراء البدل فرض خروج المال عن ملكه و الحاصل لا يكون التصرف المزبور وقفا لبطلانه ببطلان شرطه و لا يقع حبسا لما ذكر.

أقول عدم وقوع الحبس باعتبار عدم قصده و الا شرط شراء البدل ليكون وقفا على قرار المبدل لا ينافى بقاء المال على الملك كما فى الوقف الانتفاعى.

(۲) ظاهره ارادة بيع بعض الوقف فتكون الرواية دليلا على جواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجود و حمله على ارادة بيع بعض ثمرته ضعيف فإنه لو كان المراد بيع ثمرة الوقف و صرف ثمنه فى أداء دينه لكان الأنسب أن يقول فإن أراد ان يقضى به دينه فلا حرج عليه فالعدول- عن المصير الى الاسم الظاهر أى النصيب من المال مع ذكر البيع بقرينة ما قبله من ان يقوم على ذلك الحسن بن على و يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد اللّه فى حل محلل لا حرج عليه- ظاهره ارادة بيع الوقف.

و كذا قوله فبدا له ان يبيعها فليبعها حيث ان الضمير يرجع الى دار الصدقة و احتمال رجوعه الى داره (ع) ضعيف لان جواز بيع الحسن (ع) داره لا يحتاج الى الاشتراط عليه أضف الى ذلك اشتراط تقسيم ثمنها أثلاثا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۳

و التأويل مشكل (۱) الصورة السابعة أن يؤدى بقائه إلى خرابه (۲)

---

(۱) فإن الرواية ظاهرها وقف الأموال المزبورة لا الوصية بها و يفصح عن ذلك قوله (ع) و ان الذى كتبت من أموالى هذه صدقة واجبة بتلة حيا أنا أو ميتا حيث انه لو كانت وصية لكانت صدقة واجبة بعد مماته (ع) فقط.

و المتحصل ان الرواية ظاهرها الوقف العام الصرفى و قد اشترط فيه للمتولى الاذن فى بيع نصيب من المال حينما أراد به قضاء الدين أو مطلقا كما هو ظاهر قوله (ع) و ان شاء جعله سرى الملك أو شروى الملك و لا يبعد التعدى إلى الوقف الخاص لعدم احتمال الفرق بل إلى صورة اشتراط بيع تمام الوقف و تملكه لما ذكرنا من عدم احتمال الفرق كما لا يخفى.

(۲) الصورة السابعة و هى صورة الخوف من أداء بقاء الوقف و عدم بيعه الى خرابه مستقبلا بان علم ذلك أو ظن سواء كان ذلك للاختلاف بين الموقوف عليهم أو لأمر آخر و المراد بالخراب اما سقوط العين الموقوفة عن المنفعة المعتد بها أو ما يعم نقص المنفعة. و اما إذا كان الخراب غير موجب لسقوطها عن المنفعة المعتد بها بان فرض الانتفاع بها بوجه آخر كما إذا كان الوقف قبل خرابه بستانا و بعد خرابه تصير ارض زراعة لا تقل منفعتها عن منفعة البستان لم يجز بيعه نعم لو قيل بان زوال عنوان الوقف يوجب انتهاء الوقف كما تقدم عن صاحب الجواهر (ره) جاز بيعها.

و الصورة الثامنة وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم المؤدى مع بقاء الوقف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۴

....

و عدم بيعه الى تلف المال أو النفس علما أو ظنا أو احتمالا- و الفرق بين الصورتين ان الصورة السابعة لم تؤخذ فيها خصوصية الاختلاف بين الموقوف عليهم و لكن أخذت خصوصية العلم أو الظن بخراب الوقف مستقبلا و فى الصورة الثامنة أخذت خصوصية اختلاف الموقوف عليهم و لكن لم يؤخذ الأداء الى خراب خصوص الوقف بل المخوف فيها تلف المال كان مال الوقف أم غيره بل لم يؤخذ خصوص تلف المال بل يعم تلف النفس كما لم يؤخذ خصوص العلم أو الظن بل ما يعم احتمال التلف.

الصور التاسعة ان يكون بين الموقوف اختلاف يؤدى مع بقاء الوقف و عدم بيعه الى ضرر كثير سواء كان الضرر ضرر العرض أو النفس.

الصورة العاشرة ان يكون بقاء الوقف و عدم بيعه موجبا للفساد و الخلاف بين الموقوف عليهم بحيث يكون الاختلاف و الفساد مظنة تلف النفوس و استباحتها.

و ذكر (ره) انه لو كان بقاء الوقف و عدم بيعه فى هذه الصورة مؤديا إلى خراب الوقف بحيث لا يكون له منفعة معتد بها بان يكون ساقطا عن المنفعة رأسا فلا يبعد جواز بيعه و اما فى غير ذلك فلا و الوجه فى جواز بيعه فى الصورة المزبورة فلان بيعه لا ينافى وقف الواقف و غرضه كما لا ينافيه الأدلة الشرعية و لا حقوق البطون الآتية المعبر عنها فيما تقدّم بحق الواقف و حق البطون و حق الشارع اما عدم منافاته لوقف الواقف و غرضه فان عرضه الانتفاع بالعين و إذا أحرز انه لا يمكن الانتفاع بالعين مستقبلا و دار الأمر بين عدم الانتفاع لا بشخصها و لا بنوعها بان يبقى الوقف، بحاله حتى يخرب أو ينتفع لا بشخصه بل بنوعه بان يبع بما يبقى لانتفاع البطون فإن الثانى أقرب الى غرض الواقف و وقفه و الأدلة الشرعية المانعة عن بيع الوقف ايضا لا تعم الغرض لعدم تمام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۵

....

الإجماع فيه على عدم جواز البيع و الرواية المانعة منصرفة إلى غيره كما مر فى بيان جواز البيع فى الصورة الاولى.

ان قلت ما الفرق بين هذا الفرض و الصورة الأولى قلت كان المفروض فى الصورة الاولى عدم وقوع البيع قبل الخراب و إمكان بيع الوقف بعد خرابه و شراء ما يصلح لكونه وقفا و المفروض فى هذه الصورة إمكان البيع قبل خراب الوقف و إمكان شراء البدل بما ينتفع به البطون بحيث لا يمكن بيعه و شراء البدل و تحصيل البدل بعد الخراب.

أقول لو كان الوقف بحيث لا- يمكن بيعه بعد الخراب أو كان البدل المشترى به بعد الخراب مما لا يكون له نفع معتد به فلا ينبغى الإشكال فى جواز بيعه فى آخر أزمنة إمكان بيعه و شراء البدل فيما إذا كان الوقف من وقف العام سواء كان صرفيا أو انتفاعيا فان المفروض فيه قيام القرينة العامة على شرط بقاء الوقف مهما أمكن على ما تقدم و اما إذا أمكن البيع و شراء البدل بعد الخراب ايضا و

لو کان البـدل قلیل المنفعـة بالإضافة إلی العین الموقوفة حال عمارتها فلا وجه لرفع الید عن إطلاق قوله (ع) لا یجوز شـراء الوقف بل قوله (ع) الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها.

و اما الوقف الخاص فان کان الخراب المترقب فی زمان البطن الموجود بحیث لا یمکن بیعه بعد فعلیة الخراب جاز بیعه فی آخر أزمنة إمکـانه و یصـیر الثمن ملکا للبطن الموجود حیث تقـدم ان لهم نفی التقـدیر الـذی جعل معه الملک للبطن اللاحق مع فعلیه الخراب و یجری ذلـک الوجه فی الفرض و امـا إذا کـان الخراب المترقب فی زمـان البطن اللاحق فلا موجب معه لرفع الیـد عن إطلاق قوله (ع) الوقوف علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۴۶

مع عدم فوت الاستبدال فیه (۱) لو دار الأمر (۲) بین بیعه و الإبدال به لا یخلو أولهما عن قوة (۳)

حسب ما یوقفها أهلها و قوله (ع) لا یجوز شراء الوقوف فتدبر جیدا.

(۱) یعنی إذا فرض إمکان بیع الوقف و اسـتبداله بعین أخری فی زمان لا یمکن بعده البیع و لا الاسـتبدال فالجواز ظاهر و اما إذا فرض إمکان البیع فی ذلک الزمان و لکن لا یمکن شـراء البـدل فیه بحیث لو أریـد شـراء البـدل فلا بد من وقوع البیع قبل ذلک الزمان ففی تقدیم جانب البطون بتقدیم البیع إشکال.

أقول قـد ظهر مما تقدم عدم الإشـکال فی تقدیم البیع فی الوقف الصـرفی أو الانتفاعی للزوم إبقاء الوقف مهما أمکن و لو بنوعه و اما فی الوقف الخاص فلا یقدم البیع علی ما ذکر.

(۲) قد تقدم أنه إذا دار الأمر بین صـرف منافعه علی عمارته لتبقی العین للبطون أو صرفها علی البطن الموجود فالأظهر صرفها لعمارته خلافا للمصنف (ره) حیث رجح الثانی و وجه ما ذکرنا أن ظاهر الوقف هو ان للموقوف علیهم المقدار الباقی من حاجة الوقف.

(۳) یعنی لو جـاز بیع الوقف فی غیر سـقوط العین عن الانتفـاع لمـا أجـاب (ع) فی روایـة علی بن راشـد بعـدم جواز شـراء الوقف بلا اسـتفصال و الوجه فی ذلـک انه لو کـان فی البین مجوز آخر لبیعه غیر خرابه یکون للمشتری الشـراء مع احتمـاله ذلـک المجوز حملا لفعل البائع علی الصحة و لکن علی الامام (ع) الاستفصال عن احتماله

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۴۷

حیث انه یمکن الاستدلال للجواز (۱)

ذلک المجوز و عدمه فحکمه (ع) بعد الجواز من غیر استفصال مقتضاه عدم جواز بیع الوقف المعمور.

لا یقال لو تم لکان مقتضیا لعـدم جواز بیع الوقف المعمور حتی فی صورة إحراز خرابه مسـتقبلا فان مع عدم خرابه فعلا و وجود الغلة له یـدخل فی ظاهر النهی عن الشـراء فإنه یقال نعم و لکن قـد تقدم جواز البیع مع اشتراط البائع و القرینة العامة فی الوقوف العامة علی إبقاء الوقف مهما أمکن مساوق لاشتراط بیعه فی آخر أزمنة إمکان البیع و الاستبدال علی ما تقدم.

(۱) المراد بالقسم الثانی من الصورة السابعـة کون بقاء الوقف و عـدم بیعه مؤدیا علما أو ظنا الی خرابه بمعنی قلة منفعته کما أن المراد بالقسم الأول ما إذا کان بقائه مؤدیا کما ذکر الی سقوطه عن الانتفاع رأسا بحیث لا یبقی لها منفعة معتد بها.

و قـد أورد (ره) علی دلالة المکاتبة علی جواز بیع بیع الوقف فی القسم الثانی المزبور بأمور: الأول- أن المدعی فی ذلک القسم جواز بیع مـا إذا علم أو ظن أداء بقائه إلی خرابه کما هو تصـریح بعض و ظاهر تعبیر بعض آخر عنه بخوف الخراب و الخوف کما یظهر من کلماتهم و موارد اسـتعمالاتهم لا یصـدق بمجرد الاحتمال ما لم یکن فی البین امارة کما فی خوف الضـرر فی وجوب الإفطار و حرمة السفر مع خوف الهلاک الی غیر ذلک مع ان الموارد فی الروایة لفظ ربما و ظاهره، یعم الاحتمال حتی ما إذا کان ضعیفا.

الثانى- انه على تقدير كون المراد بالمال فى الرواية الوقف فظاهر تلفه سقوطه عن الانتفاع رأسا كما هو القسم الأول من الصورة السابعة فلا تعم الرواية القسم الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۸

و اما تقريب الاستدلال بالمكاتبة (۱)

الثالث- ان ظاهر تلف المال فى مقابل تلف النفس تلف مطلق المال سواء كان هو الوقف أو غيره فيكون مقتضى الرواية جواز بيع الوقف تحفظا للمال الآخر و هذا غير المدعى.

أقول الخوف كما يظهر للراجع الى وجدانه حاله يحصل للنفس بمجرد الاحتمال أيضا غاية الأمر قد لا يكون مجرد الخوف موجبا للحكم كما فى السفر المخوف فيه هلاك الشخص فإنه لو كان بمجرده موجبا لحرمته لا يبقى فى البين سفر حلال يوجب القصر الا نادرا و يكون ذلك قرينه على كون المراد به السفر الذى فيه أمارة موجبة للظن بالهلاك كما لا يخفى.

(۱) الصورة الثامنة ما إذا كان بين الموقوف عليهم خلاف بحيث يخاف تلف المال أو النفس فى صورة بقاء الوقف و عدم بيعه و الوجه فى جواز البيع فيها ظهور المكاتبة فى اعتبار الاختلاف الخاص و جواز البيع معه لان الوارد فيه و ان كان جواز البيع مع اختلاف الموقوف عليهم الا ان تعليل الجواز بأنه ربما يجىء فى الاختلاف تلف المال و النفس مقتضاه تقييد الاختلاف بالاحتمال المزبور.

و فيه ان قوله (ع) ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس أمره دائر بين حمله على التعليل أو على التقريب و بيان الحكمة لجواز البيع مع الاختلاف و لو حمل على التعليل فمقتضاه عدم الخصوصية للاختلاف بل كل ما كان مع بقاء الوقف احتمال تلف المال و النفس من الموقوف عليهم أو غيرهم و أمكن علاج ذلك ببيع الوقف جاز و لو حمل على بيان الحكمة و التقريب فلا يكون فى البين تقييد للاختلاف حيث ان الحكمة للحكم لا يكون مقيدا له.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۹

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة (۱) و اما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة (۲)

و يظهر الحمل على الحكمة من كلام الشهيد (ره) فى الروضة فإنه ذكر بما حاصله انه لا يعتبر فى جواز بيع الوقف الاختلاف الخاص أى الاختلاف الذى يكون فيه احتمال تلف المال أو النفس بل يجوز بيعه مع اختلافهم مطلقا باعتبار ان فى الاختلاف بحسب نوعه خوف تلف المال و النفس و لا ينظر إلى أشخاصه و كيف ما كان فشىء من الحملين لا يناسب فرض الصورة الثامنة كما لا يخفى.

(۱) الصورة التاسعة ما إذا كان بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدى ذلك الاختلاف مع بقاء الوقف الى ضرر عظيم سواء كان مال الوقف أو غيره و استفادة الجواز فى هذه الصورة من المكاتبة مبنى على تقييد الاختلاف فيها بما ذيلها من قوله (ع) فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال الأموال و الأنفس.

و لكن يرد على ذلك ايضا انه ان كان الذيل تعليلا فلا بد من إلغاء الاختلاف و الالتزام بجواز بيع الوقف كلما كان بقائه مؤديا إلى تلف المال أو النفس و مع عدم كونه تعليلا بل تقريبا لجواز بيع الوقف مع الاختلاف فلا بد من الالتزام بجواز- بيع الوقف مع اختلاف الموقوف عليهم كان مؤديا إلى التلف المزبور أم لا.

(۲) الصورة العاشرة ما إذا لزم من بقاء الوقف و عدم بيعه فساد يستباح منه الأنفس و وجه استظهار جواز بيعه فى الفرض من المكاتبة هو ان ضم تلف الأنفس فيها الى تلف المال باعتبار ان خوف تلف الأنفس يقارن غالبا تلف المال لا لكون تلف المال محوزا بنفسه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۰

لا مطلق الاختلاف لان الذيل مقيد (۱)

و لکن لا ـ یخفی ان مدلول الروایة علی ما ذکر جواز علاج کل فتنة موجبة للاستباحة المزبورة ببیع الوقف و لو لم تکن الفتنة بین الموقوف علیهم و ظاهر الصورة العاشرة وقوع الفساد بینهم کما ان ظاهر الروایة کفایة الاختلاف الذی یحتمل فیه مع بقاء الوقف الاستباحة المزبورة و المفروض فی الصورة العاشرة کون بقاء الوقف ملازما لذلک الفساد لا امرا محتملا.

أضف الی ذلک ذکر استباحة الأموال مع استباحة النفوس باعتبار تقارن الأول بالثانی نوعا خلاف ظاهر الروایة بل ظاهرها کون احتمال کل من الضررین مجوزا لبیع الوقف.

(۱) یعنی یکون الموجب لجواز البیع بحسب ظهور الروایة هو الاختلاف الموجب لتلف المال أو النفس علما أو ظنا أو احتمالا ـ لا الاختلاف مطلقا و الوجه فی تقیید الاختلاف بذلک لیس حمل قوله (ع) (فإنه ربما جاء فی الاختلاف.)

علی التعلیل الحقیقی لیقال ان لازمه اعتبار کل فتنة یکون فیها احتمال تلف المال أو النفس بل لان الذیل بحسب المتفاهم العرفی یکون تقیدا للاختلاف و ان الموضوع لجواز البیع هو الاختلاف الخاص.

و علی ذلک تکون النسبة بین فتوی المشهور و مضمون الروایة العموم من وجه لان فتاویهم تعم ما إذا کان فی بقاء الوقف مع الاختلاف خوف خراب الوقف بمعنی قلة نفعه و الروایة لا ـ تعم الا ـ تلف المال أو النفس کما ان فتاواهم لا تعم ما إذا کان فی بقاء الوقف مع الاختلاف مجرد احتمال التلف و لکن الروایة تعمه فتجتمعان فی الاختلاف المؤدی علما أو ظنا الی تلف العین الموقوفة و تفترقان فی الاختلاف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۱

أو غیر ذلک من الاحتمالات فی الفقرتین (۱)

المؤدی علما أو ظنا الی نقص منفعة الوقف فی الاختلاف المؤدی إلی تلف المال أو النفس بنحو الاحتمال.

(۱) الفقرة الأولی قوله (ع) ان کان علم الاختلاف بین أرباب الوقف ان یبیع الوقف أمثل حیث یحتمل فی هذه الفقرة ان یکون المراد الاختلاف مطلقا أو الاختلاف الخاص و الفقرة الثانیة قوله (ع) فإنه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و الأنفس حیث یحتمل کونه تعلیلا حقیقة أو تقییدا أو مجرد تقریب للحکم و المتحصل من کلماته (ره) ان فی دلالة المکاتبة علی جواز بیع الوقف بعد تمامه تأملا و علی تقدیر دلالتها فی الأخذ بها اشکالا و قد تعرض (ره) للإشکالات فی الدلالة و للإشکالات فی الأخذ بها فی طی الکلمات السابقة.

أقول لا یوجب شیء مما ذکر الخلل فی ظهور المکاتبة فی جواز بیع الوقف بعد تمامه لدفع الاختلاف أو تفاقمه الموجب و لو احتمالا لتلف الأموال و الأنفس و ظاهر السؤال هو الوقف المعروف لا ـ الحبس الذی تبقی العین فی ملک الحابس و یکون للمحبوس له الانتفاع أو المنفعة فی مدة معینة أو ما دام حیاة أحدهما.

و یشهد لذلک السؤال عن بیعها و دفع ثمنها الی الموقوف علیهم بمقدار حصصهم من الوقف حیث ان الثمن فی الحبس یختص بالحابس و لا ـ یدفع الی المحبوس له و عدم ذکر العقب فی الوقف لا ـ یدل علی ارادة الحبس بل عدم تعرض السائل لذکره لعدم الحاجة الی ذکرهم حیث ان غرضه السؤال عن بیعه و دفع ثمنه الی البطن الموجود و حملها علی الوقف قبل تمامه بالقبض غیر صحیح فإنه ینافیه تجویز البیع فی الجواب بلا استفصال عن حصول القبض و عدمه بل بما انه (ع) قد فهم من السؤال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۲

[و اما الوقف المنقطع]

و اما الوقف المنقطع و هووقف على ملا ينقرض (١)

ان قـد جعل لنفسه التوليـة كما هو ظاهر قول السائل و ليس يأمن أن الخلاف بعـده اى بعـد حياته القضاء تصديقه للوقف لم يستفصـل عن حصول القبض حيث يكفى فيه قبض المتولى على ما يشـهد به مثل صـحيحة صفوان بن يحيى المتقدمة كما لم يستفصل عن وجه تصديقه لبيع الوقف مع ان الواقف يصير بالوقف أجنبيا عن العين الموقوفة.

و اما بالإضافة إلى حصة الإمام فيمكن ان لا يجعل التولية لنفسه بالإضافة اليه و لذا سأل أولا عما يصنع بخمس الضيعة أو جعل لنفسه التوليـة بالإضافة إليه أيضا و سأل عن جواز بيعها و كان عند الامام (ع) مجوز لبيعها كحاجته (ع) الى الثمن أو غير ذلك و اللّه سبحانه هو العالم.

(١) و هل يصح الوقف المنقطع و هو الذى يوقف المال فيه على من يكون معرض الانقضاء و الانتهاء كوقف البستان على زيد و عقبه فالأظهر صحته بشـهادة صـحيحة محمـد بن الصـفار قال كتبت الى ابى محمد (ع) اساله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان الوقف إذا كان موقتا فهو باطل مردود على الورثـة و ان كان موقتا فهو صـحيح ممضـى و قال قوم ان الموقت هو الذى يذكر أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث اللّه الأرض و من عليها و قال آخرون هذا موقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه مـا بقوا و لم يـذكر فى آخره للفقراء و المسـاكين الى ان يرث اللّه الأرض و من عليها الى ان قال (ع) فى الجواب الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و اما تحديد الوقف بالزمان كقوله وقفت هذا البستان لزيد عشر سنوات فإن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٥٣

....

أريد به الحبس الآتى فيصح حبسا و الا بطل و ذلك لاعتبار التأبيد فى تحقق عنوان الوقف و المراد بالتأبيد عدم تحديده بالزمان بان لا يكون بعد ذلك الزمان وقفا فإنه لو لم يكن ذلك محرزا فلا أقل من احتماله و اما التأبيد بمعنى بقاء الوقف الى ان يرث اللّه الأرض و من عليها فهو غير معتبر كما هو ظاهر الصحيحة و غيرها.

ثم أنه هل يـدخل هـذا القسم من الوقف فى ملك الموقوف عليهم مسـتقرا بحيث تكون العين بعد انقراض الأخير من الموقوف عليهم لـوارثه و مع عـدم الـوارث له للإمـام (ع) حيث انه وارث من لاـ وارث له أو تكون ملكه غير مسـتقر يثبت مـا دام كون الموقوف عليه موجـودا أو تكـون بعـده للواقـف أو ورثته أو يبقى العين من الأـول على ملـك واقفه و لاـ يبعـد الثـانى و ذلـك فـان كون العين ملكا للموقوف عليهم مقتضـى إنشاء الوقف بالصدقـة حتى فى الوقف على الأشـخاص كما تقـدم فى بعض الروايات و يؤيـده عـدم وجدان الفرق بين الوقف المؤبد و المنقطع فى مدلول الوقف و لو كان الوقف فى المؤبد تمليكا كان كذلك فى المنقطع.

و وجه عـدم اسـتقرار الملك ان الموقوف عليهم كما تقـدم بيانه سابقا يتلقون الملك من الواقف و لا يكون تلقى كل طبقة عن سابقه على حـد الإـرث و على ذلـك ففيمـا كـان عقب زيـد منقضـيا فى طبقـة فلا تكون الملكيـة المجعولـة لتلك الطبقـة مطلقـة بل مقيـدة كالطبقات السابقـة بما دام حياتهم فالملكيـة بعد ذلك باقية للواقف لم يجعلها لأحد فإن الملكية المجعولة بالإضافة إلى الطبقة الأخيرة كالمجعولـة لما قبلها بحسب ظهور قول الواقف وقفت على زيـد و عقبه بطنا بعـد بطن موقتة و محدودة بما دام حياة البطن اللهم الا ان يقال تحديـد الملكيـة لبطن بما دام حياته باعتبار ان ملكيـة العين بعـده مجعولة لبطن آخر و إذا فرض فى بطن عدم ملكية البطن الآخر بعده و لو باعتبار انقضاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٥٤

....

البطون تکون الملکیـهٔ لـذلک البطن مطلقهٔ و یؤید ذلک ما تقدم من ظهور الروایات من ان الثمن علی تقدیر بیع العین الموقوفهٔ یکون ملکا للبطن الموجود و یمکن منع التأیید فإنه لم یثبت بیع الوقف إلا فی موارد.

منهـا الاختلاـف بین الموقوف علیهم و یکون اختصـاص الثمن فیه بـالبطن الموجود بالنص أو باعتبار وقوع البیع عن الواقف المتولی و إرادته دفع الثمن إلیهم.

و منهـا موارد اشـتراط الواقف بیع الوقف لبطن و صـرف ثمنه فی ضـرورتهم و هـذا باعتبـار نفوذ الشـرط و کون الوقف علی حسب یوقفها أهلها.

و منها مورد الخراب و لم یثبت فیه اختصاص الثمن بالبطن الموجود و لذا ذکرنا ان الأحوط فیه اشتراء البدل مهما أمکن و الحاصل انه لو شک أیضا فی جعل الملکیهٔ المطلقهٔ للبطن الأخیر بحیث تنتقل العین الموقوفهٔ إلی وارثهم و لو کان الوارث الامام (ع) فالأصل عدم جعل تلک الملکیـهٔ لهم و لا یعارض باستصـحاب بقاء العین فی ملکهم لانقضاء الملکهٔ بموت البطن الأخیر قطعا سواء کان بالإرث أو بنحو انقضاء البطن کما لا یخفی.

و عن المحقق القمی (ره) انه التزم بان الوقف المنقطع یقع حبسا و المراد بالحبس إبقاء المالک العین علی ملکه و تملیک المنفعهٔ منها للمحبوس له أو جعـل الانتفـاع منهـا له و ان قیـد ذلـک بما دام عمر المحبوس له أو ما دام حیاته أو بزمان خاص فهو و ان جعل مطلقا یلزم ما دام حیاهٔ الحابس.

و وجه التزامه ان الوقف المنقطع لا یقع وقفا لاعتبار التأبیـد فی تحقق عنوان الوقف و المراد بالتأبید جعل العین للموقوف علیهم الی ان یرث اللّه الأرض و من علیها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۵

....

و اما وقوعه حبسا فاستشـهد بصـحیحهٔ عمر بن أذینـهٔ قال کنت شاهدا عند ابی لیلی و قضـی فی رجل جعل لبعض قرابته غلهٔ داره و لم یوقت وقتـا فمـات الرجـل فحضـر ورثته ابن ابی لیلی و حضـر قرابته الـذی جعل له غلـهٔ الـدار فقال ابن ابی لیلی اری ان أدعها علی ما ترکها صاحبها فقال محمـد بن مسـلم الثقفی اما ان علی بن أبی طالب قد قضـی فی هذا المسـجد بخلاف ما قضـیت فقال و ما علمک فقال سـمعت أبا جعفر بن محمد بن علی (ع) یقول قضی علی (ع) برد الحبیس و إنفاذ المواریث فقال له ابن ابی لیلی هذا عندک فی کتابـک قـال نعم قال فأرسل و ائتنی به فقال له محمـد بن مسـلم علی ان لا تنظر من الکتاب الا فی ذلک الحـدیث قال لک ذلک قال فاحضر الکتاب و أراه الحدیث عن ابی جعفر (ع) فی الکتاب فرد قضیته.

أقول کـان فی نسـخته (ره) و لم یوقف وقفـا و فهم منه ان الجعـل إذا لم یکن وقفـا یکون حبسـا و فیه مـا لاـ یخفی فان الحبس کسائر العقود و الإیقاع یحتاج الی القصـد و مع عدمه بإرادهٔ تملیک العین کما هو الفرض لا یتحقق الحبس و الروایهٔ ظاهرهٔ فی إرادهٔ الحبس مطلقا المحکوم بعود العین معه الی ملک الحابس بموته کما لا یخفی.

لا یقال إذا کان الوقف المنقطع بقصـد التقرب فکیف یلتزم بعود الملک الی الواقف و انتقاله الی ورثته حین موته مع ما دل علی ان ما کان للّه لا یرد فإنه یقال معنی عـدم رده عـدم إرجاع العین بفسـخ المعاملـهٔ الواقعهٔ بقصد التقرب و اما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملهٔ فلا یـدخل فی مـدلول ذلک الـدلیل کما لو تصـدق بمنفعهٔ داره الی سـنتین فبعد انقضاء المدهٔ لا تکون استرجاع الدار منافیا له و بهذا یظهر الحال فی الحبس بقصد القربهٔ فتدبر جیدا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۶

و فى جوازه للواقف مع جهالة استحقاق الموقوف عليهم إشكال (۱)

---

(۱) أقول لا يبعد جواز بيع الدار التى يسكنها المطلقة بالأقراء باعتبار أن جهالة مدة عدتها مع عدم اختلافها بكثير لا يوجب اتصاف البيع بكونه غرريا و اما فى مثل المقام فلا ينبغى التأمل فى صدق الغرر فى البيع باعتبار الجهل بزمان استحقاق تسلم العين بمنافعها مع احتمال الاختلاف فيه بفاحش و لا يقاس مورد الكلام ببيع الدار مع كونها مستأجرة فى جواز البيع غاية الأمر يثبت الخيار لمشتريها مع جهله بالحال لان مورد الإجارة باعتبار معلومية زمان الإجارة لا يوجب غررا فى البيع بخلاف المقام و لكن مع ذلك دليل النهى عن بيع الغرر لا يزيد على سائر العمومات و المطلقات التى يرفع اليد عنهما بالخاص ان المقيد.

و ما رواه المشايخ فى الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف ظاهر فى صحة البيع مع جهالة استحقاق المشترى تسلم العين بمنافعها قال سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده هل هى له و لعقبه من بعده كما شرط قال نعم قلت له فان احتاج ببيعها قال نعم قلت فلينتقض بيع الدار السكنى قال لا ينتقض البيع السكنى كذلك سمعت ابى يقول قال أبو جعفر (ع) لا ينتقض البيع الإجارة و لا السكنى و لكن تبيعه على ان الذى اشتراطه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضى السكنى كما شرط.

و لا يخفى عدم اختلاف الوقف المنقطع و السكنى بناء على ان الأول كالثانى فى بقاء العين على ملك مالكها الأول كما ان إطلاق الرواية و عدم الاستفصال فيها عن بيع الدار ممن جعل له سكناها أو من غيره جواز البيع فى كلا الفرضين فلا وجه للتفصيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۷

....

بين البيع منه أو من غيره.

نعم مع الإغماض عنها فقد يذكر هذا التفصيل باعتبار عدم كون البيع ممن جعل له السكنى غررا و لو باعتبار انضمام السكنى حيث ان استحقاق المشترى فيه العين بمنافعها محرز و كذا الحال فيما إذا باع الواقف العين ممن انتقل إليه منفعة العين عن الموقوف عليه و لكن هذا التفصيل غير صحيح باعتبار كون البيع فى نفسه كالفرض الثانى غرريا الا ترى انه لا يمكن الالتزام بصحة البيع فيما إذا كانت صبرتان مختلفتان فى الكيل و قد علم كيل مجموعهما و قد وهب المالك إحداها من أحد ثم أراد بيع الثانية منه بلا كيل فإنه لا يرتفع الغرر عن البيع بالهبة السابقة.

نعم إذا كان انتقال المنفعة إلى الواقف ثانيا و أراد الواقف بعد ذلك بيعها بمنافعها فلا مورد للمناقشة كما أنه لا مورد لها فيما إذا اجتمع الموقوف عليه و الواقف على المعاوضة فيكون العوض موزعا على العين و المنفعة و يلزم كون المعاوضة بعنوان الصلح لان غيره و منه البيع لا يتضمن نقل كل من العين و المنفعة استقلالا.

أقول إذا كان الوقف المنقطع محكوما بالصحة فيحكم ببطلان بيعه سواء قيل ببقائه على ملك الواقف أو دخوله فى ملك الموقوف عليهم أخذا بما دل على عدم جواز شراء الوقوف و لا موجب لدعوى انصرافه الى الوقف المؤبد بعد كون الوقف المنقطع كالوقف الانتفاعى وقفا مع بقاء العين فيهما على ملك مالكها و الصحيحة المزبورة لا تعم الوقف المزبور لعدم دخوله فى عنوان السكنى.

نعم لا بأس بالعمل بالصحيحة فيجوز البيع مع السكنى حتى فيما إذا كانت السكنى محدودة بعمر أحدهما كما هو موردها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۸

و كذا لو باعه من انتقل اليه (۱).

و مما ذکرنا یظهر وجه التأمل (۲)

و اما فی الوقف المنقطع فلا یجوز البیع و لا المصالحة و غیرها من المعاملات الناقلة للعین فان الوقف لا یباع و لا یوهب و لیس النهی فیه مختصا بالبیع و مما ذکرنا یظهر الحال فیما ذکر (ره) من أن المعاملة لو کانت مرکبة من نقل العین من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف علیهم بطور المصالحة لیکون العوض موزعا علیهما صحت لا یمکن المساعدة علیه.

اللهم الا ان یقال بانصراف النهی عن بیع الوقف عن الفرض و هو بیعه زمان البطن الأخیر کما یأتی.

(۱) أی یجری فی بیع العین ممن انتقل الیه حق الموقوف علیهم ما تقدم فی بیعها من الموقوف علیهم من احتمال عدم الجواز لأن معرفة المجموع المرکب من ملک البائع و حق المشتری لا یوجب خروج البیع عن کونه غرریا.

و لا- یخفی أن حکمه (ره) بالصحة أو لا- ثم احتمال عدم الجواز ثانیا یختص بما إذا أراد الواقف بیع العین من البطن الأخیر أو ممن انتقل الیه حق هذا البطن و اما إذا أرید بیعها من البطن الأول أو الوسط أو ممن انتقل الیه حق أحدهما فلا یجوز البیع المزبور لان خروج حق البطن الأخیر عن المعاملة مع جهالته یوجب الغرر فی البیع.

(۲) الظاهر ان مراده (ره) مما ذکره هو لزوم کون المعاملة بطور المصالحة و أن نقل العین مع الجهالة بمدة استحقاق الموقوف علیهم غرری سواء بیع ممن انتقل الیه حق الموقوف علیهم أو من غیره.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۹

کما یدل علیه کلامه المحکی عنه فی مسألة السکنی (۱) صح ما ذکره لإمکان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال (۲)

أی یدل علی جواز البیع مع اتفاقهما کلامه المحکی فی السکنی و لعل وجه دلالته أنه إذا جاز بیع المالک بالإضافة إلی العین خالیة عن المنفعة کما هو مقتضی عدم رضا الساکن الذی هو مالک المنفعة أو الانتفاع جاز ایضا فیما کان البین رضاه فإنه لا یحتمل دخل عدم رضاه فی جواز بیعها.

(۲) أقول لم یحرز ان الثابت فی السکنی للساکن حق بحیث یقبل الاسقاط منه بل من المحتمل ان یکون الثابت بها مجرد جواز الانتفاع بالسکنی و کذلک الأمر فی بعض موارد الحبس بان یحبس العین للانتفاع بها و علی ذلک فیجوز للساکن أو المحبوس له المصالحة مع المشتری بان لا ینتفع بالعین فلا یجوز لهم بعد المصالحة مزاحمة المشتری فی الانتفاع بالعین مدة التحبیس أو السکنی عملا بقصد المصالحة.

و عدم جواز الانتفاع بهذا العنوان لهما لا ینافی جواز الانتفاع بها الثابت لهما قبل هذه المصالحة نظیر ما إذا حلف الساکن أو المحبوس له بترک الانتفاع کما لا یخفی.

و الحاصل ان المستفاد من مجموع الروایات ان الحبس و السکنی و العمری من العناوین المنشأة و یکون اختلافها بالإنشاء و یتفق بعضها مع بعض فی النتیجة و جل الأحکام فان بالحبس ینشأ عنوان الحبس الذی لا یکون العین خارجة عن ملک مالکها بان یکون منافعها ملکا لذلک الغیر أو ینتفع الغیر بها أو یصرف منافعها أو ینتفع بها مطلقا أو ما دام العین باقیة أو الی مدة و اما السکنی فهو إنشاء جعل سکنی الدار للغیر بان یسکن فیها مطلقا أو الی المدة و اما العمری و هی جعل الانتفاع بالعین ما دام أحدهما فی مقابل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۰

و علی الثانی فلا یجوز (۱) و علی الثالث فلا یجوز (۲)

الرقبی و هو جعل الانتفاع بالعین فی زمان و علی ذلک فان کان، مفاد أحدها مجرد الانتفاع فلا یحرز فیه حق قابل للإسقاط بل یجوز

المصالحة بنحو ما تقدم و ان كان مفادها تملك المنفعة فيجوز التصرف فيها كما لا يخفى.

(۱) عدم جواز البيع للواقف ظاهر فان على الثانى يدخل العين الموقوفة فى ملك الموقوف عليهم مستقرا بحيث ينتقل العين من البطن الأخير إلى ورثتهم بالوارثة و اما عدم جواز البيع للموقوف عليهم ففيه منع ظاهر لان اشتراط الواقف إبقاء العين بغرض وصولها الى البطن اللاحق و كذلك النهى عن بيع الوقف ينصرف الى ذلك و إذا فرض انتهاء البطون و وصول العين بيد البطن الأخير كما هو الفرض فلا يبقى منع عن بيعهم لا عن الواقف و لا عن الشارع فتدبر.

(۲) اى على القول بدخول العين فى ملك الموقوف عليهم من غير استقرار بان يرجع العين الى الواقف بعد انقضاء البطن الأخير يكون عدم جواز بيع الموقوف عليهم اى البطن الأخير ظاهرا لاشتراط الواقف عليهم إبقاء العين و لو لرجوعها اليه و كذا الحال فى النهى الشرعى و اما عدم جواز بيعها للواقف باعتبار عدم ملكه العين فعلا و لا يفيده اجازة البطن الأخير لأنه يعتبر ان يكون المجيز سلطانا على بيع المال و البطن المزبور ليس كذلك نعم إذا قلنا بالصحة فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه كان بيع الواقف الواقع حال وجود البطن الأخير محكوما بالصحة بعد انقراضهم.

ينبغى فى المقام التعرض لأمور منها انه يكون الوقف من المنقطع آخره أو المنقطع الأول أو الوسط و لعل المشهور على صحة الأول و بطلان الثانى و على بطلان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۶۱

....

الثالث بالإضافة إلى الوسط و ما بعده و قوى السيد اليزدى (ره) صحة المنقطع الأول أيضا بالإضافة إلى الوسط و ما بعده و صحة المنقطع الوسط بالإضافة إلى الأول و الأخير بدعوى ان الوقف المنشأ فى المقام نظير الوقف على ما يصح عليه الوقف و ما لا يصح عليه فى عرض واحد كما إذا قال وقفت الضيعة على العلماء و من سيولد لزيد من الأولاد حيث ان الوقف يصح فى نصفه بالإضافة إلى العلماء و يبطل فى نصفه الآخر و دعوى انحلال الوقف فى فرض الجمع دون الوقف المنقطع الأول أو الوسط لا يمكن المساعدة عليه و الا لما صح الوقف بالإضافة إلى الأول أيضا فى المنقطع الوسط.

لا يقال الحكم بالتبعيض فى الصحة فى المنقطع الأول أو الوسط يوجب التعليق فى الوقف بان يكون المال وقفا على تقدير انقضاء ذلك الأول أو الوسط.

فإنه يقال التعليق الموجب للبطلان فى العقود و الإيقاعات ما إذا كان إنشاء الوقف معلقا و اما إذا كان إنشائه مطلقا و كان التعليق لازم التبعيض فى الحكم بالصحة فلا يضر نظير الغرر الحاصل للبيع من الحكم بالتبعيض كما إذ باع ماله و مال غيره بثمن معلوم فلا يوجب الغرر فى الثمن الحاصل من الحكم ببطلان البيع بالإضافة الى مال الغير الغرر فى إنشائه و على ذلك فيبقى المقدار المحكوم بالبطلان من الوقف على ملك الواقف فله نمائه.

أقول لا ينبغى الريب فى عدم انحلال الوقف بالإضافة إلى الموقوف عليهم أى البطون بخلاف انحلاله بالإضافة إلى أفراد البطن الواحد من الموقوف عليهم و إذا قال وقفت الضيعة على أولاد زيد و أولاد بكر و أراد ما ظاهره من كون نصف الضيعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۶۲

....

وقفا لأولاد زيد و نصفها الآخر لأولاد الآخر فلا يوجب بطلان الوقف بالإضافة إلى نصفها بطلانه بالإضافة إلى النصف الآخر بخلاف ما إذا كان الوقف للبطون و حكم بفساده بالإضافة إلى بطن فإنه لو حكم ببطلان الوقف بالإضافة إلى البطن الأول كما فى المنقطع

الأول یخرج الوقف المزبور من عموم الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها من الأول فالحکم بدخوله ثانیا بعد انقضاء البطن المزبور موقوف علی جواز التمسک بالعام فیما إذا خرج فرد منه فی زمان.

بخلاف المنقطع الوسط فإنه لا موجب لرفع الید عن العموم المزبور ابتداء فیعمه العموم المزبور ما دام البطن الأول موجودا و بعد انقضائه یرجع الی ملک الواقف أو ورثته عند موته.

و الحاصل ما ذکره (ره) مبنی علی جواز التمسک بالعام فیما إذا خرج فرد منه من الأول أو الوسط فی زمان و شک فی دخوله فی العموم المزبور بعد ذلک الزمان و الا فالوجه ما هو المنسوب الی المشهور و اللّه العالم.

الثانی قد تقدم أنه یجوز ان یشترط فی الوقف بیع العین الموقوفة أو بعضها للموقوف علیهم بان یکون ثمنه لهم و اما اشتراط بیعها أو بیع بعضها للواقف کذلک فهو غیر جائز بل یوجب الاشتراط المزبور بطلان الوقف بشهادة صحیحة إسماعیل بن الفضل قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یتصدق ببعض ما له فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر و قال ان احتجت إلی شیء من المال فأنا أحق به تری ذلک له فی حیاته فإذا هلک الرجل یرجع میراثا أو یمضی صدقة قال یرجع میراثا علی أهله حیث ان ظاهر قوله (ع) یرجع میراثا علی أهله الإرشاد إلی بطلان الوقف المزبور و الا فلو کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۳

....

الوقف تاما لما عاد المال إلی أهله میراثا و حمله علی ما إذا تحقق احتیاج واقفه و عود المال الیه ثم موته کما عن السید الیزدی (ره) کما تری فإنه لم یستفصل الامام (ع) بطر و الحاجة علیه و عدمه بل حکم بکون المال میراثا و التعبیر بالرجوع مع بطلان الوقف من الابتداء بلحاظ نظر الواقف حیث کان یری انعقاد الوقف.

و مما ذکرنا یظهر فساد ما افاده (ره) من الحکم بصحة الشرط المزبور أخذا بقوله (ع) الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها و ان مرجع الاشتراط المزبور وقف المال ما دام کونه غنیا فیکون الوقف مع الشرط المزبور من الوقف المنقطع حیث لا فرق فی الوقف المنقطع بین کون انقطاعه لاعتبار وصف فی الموقوف علیهم بان یقف المال علیهم ما دام کونهم عدولا و بین اعتبار وصف فی الواقف.

أقول الوارد فی السؤال ان احتجت إلی شیء من المال فأنا أحق به یعم ما إذا کان المراد عود الوقف الی الملک و انتهائه عند طرو حاجته الیه و ما إذا کان المراد سلطانه علی المال بالتصرف فیه ببیعه لنفسه أو صرف غلته لنفسه کسائر الملاک و مقتضی إطلاق الجواب بطلان الوقف فی جمیع ذلک و بهذا یرفع الید عن عموم الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها و لکن یمکن المناقشة فی ذلک ان المفروض فی الروایة عنوان الصدقة و الوقف بقصد التقرب فالتعدی إلی الوقف المجرد لا یخلو عن الاشکال لاحتمال ان یکون هذا الحکم باعتبار کون الوقف للّه.

نعم فی المروی عن دعائم الإسلام من أوقف أرضا ثمّ قال ان احتجت إلیها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع الی المیراث و دلالته علی کون ذلک من حکم مطلق الوقف ظاهر و لکن فی جواز الاعتماد علیه مع ضعف السند تأمل.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۴

[بیع الرهن]

و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا کونه مرهونا (۱)

---

(۱) لا- یجوز للراهن بیع الرهن استقلالا ای بلا- اذن المرتهن علی المعروف بینهم بل عن الخلاف و غیره الإجماع علیه و یستدل علی ذلک بالاخبار المشار إلیها فی خلاف الشیخ (ره) و بما رواه فی المختلف عن النبی (ص) مرسلا ان الراهن و المرتهن کلاهما ممنوعان عن التصرف و ضعف السند منجبر بفتاوی الأصحاب و اتفاقهم.

أقول الظاهر ان المراد الشیخ (ره) من الإجماع فی خلافه الأعم من الاتفاق علی حکم المسألة أو علی القاعدة التی یکون تطبیقها علی المسألة و استفادة حکمها منها مبتنیا علی الاجتهاد منه (ره) و هذا بقرینة دعواه الإجماع فی المسائل المختلف فیها بین الأصحاب بل المراد من الاخبار فی ذلک الکتاب ایضا ذلک لا خصوص ورود الخبر فی حکم المسألة و علی ذلک فیمکن ان یکون اعتماده (ره) فی منع الراهن عن بیع الرهن علی زعمه بان عدم الجواز فی موارد تعلق حق الغیر بالمال مورد التسالم مع ورود الروایة فی بعضها و المقام من تلک الموارد و یؤید ذلک أنه لو کان فی خصوص المسألة أخبار لنقلها فی تهذیبه و استبصاره لوضعهما لنقل الاخبار.

و مما ذکرنا یظهر الحال فی المرسل المذکور فی المختلف و انه لا سبیل لنا إلی إحراز أنه المستند لمنع المشهور عن بیع الراهن فإنه یحتمل ان یکون استنادهم إلی القاعدة التی أشرنا إلیها فلا مجال لدعوی انجبار ضعف المرسلة بالاستناد إلیها.

و الحاصل أنه لا یجوز للراهن التصرف بما ینافی عقد الرهن کما هو مقتضی وجوب الوفاء بعقده و اما ما لا ینافی عقد الرهن فیجوز باعتبار عدم ثبوت المنع عنه بل فی صحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) فی رجل رهن و جاریته قوما أ یحل له

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۵

و هو الأقوی للعمومات (۱)

ان یطأها قال فقال ان الذین ارتهنوها یحولون بینه و بینها قلت أ رأیت ان قدر علیها خالیا قال نعم لا أری به بأسا و فی صحیحة الحلبی قال سألت أبا عبد اللّه (ع) الی ان قال نعم لا أری هذا علیه حراما و الکلام فی أن بیع الراهن الرهن بلا اذن المرتهن تصرف ینافی عقد الرهن أم لا- و الأظهر عدم منافاته للرهن فیلتزم بصحة بیعه و عدم وقوفه علی شیء من اجازة المرتهن أو غیرها و تعلق حق المرتهن بالعین لا- ینافی نفوذ البیع حیث یبقی حقه فی العین المنتقلة إلی المشتری غایة الأمر لو کان المشتری عالما بحال المبیع و أنه رهن و مع ذلک أقدم علی شرائها فلا یثبت له خیار الفسخ و یثبت مع جهله لأن تعلق الرهن بالمبیع نقص فیه.

و ان شئت توضیح ذلک فلا حظ المسألة الاتیة یعنی بیع العبد الجانی فإنه یلتزم بصحة بیعه مع تعلق حق الجنایة به و یقال ان تعلقه به لا- یوجب خروجه عن ملک مولاه فیجوز بیعه و یعمه أحل اللّه البیع مع تعلق الجنایة به حتی بعد انتقاله الی ملک المشتری مع ثبوت خیار الفسخ له مع جهله بحاله لنقصه باعتبار کونه معرضا للاسترقاق أو القصاص الموجب لذهابه علی المشتری و فی المقام ایضا لو امتنع المدیون عن أداء دینه فللمرتهن استیفائه من الرهن و یکون ذهاب المال من المشتری کما لا یخفی.

(۱) بناء علی تعلق النهی ببیع الرهن کما إذا اعتمدنا علی مرسلة المختلف أو ما فی الخلاف فهل یکون بیعه موقوفا علی اجازة المرتهن أو یکون کبیع الوقف و أم الولد فی وقوعه باطلا ذکر (ره) بما حاصله ان الأظهر هو الأول کما هو مقتضی عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق دلیل حل البیع فان المانع عن شمولهما و هو حق المرتهن فی العین یسقط بإجازته و یدل علیه ایضا ما ورد فی نکاح العبد بلا اذن سیده

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۶

أن التصرف المنهی عنه ان کان انتفاعا (۱)

فان ظاهره کما مر فی بیع الفضولی أن کل عقد یکون النهی عنه باعتبار رعایة حق الآخر یرتفع عنه النهی و یتم ذلک العقد بسقوط ذلک الحق و رضا صاحبه به بخلاف ما إذا کان النهی عنه لمنع الشارع عنه وضعا بالأصالة فإنه لا یصح و لا یلحق به رضا اللّه و

إمضائه.

بل یمکن استفادة لزوم عقـد الراهن بإجازة المرتهن من فحوی صـحة بیع الفضولی بلحوق رضا المالک به و الوجه فی الفحوی نقص بیع الفضولی من جهة عدم استناده الی المالک و عدم رضاه به بخلاف المقام حیث أن النقص فیه من جهة عدم رضا المرتهن فقط و إذا کانت الإجازة فی البیع فضولا مصححة للجهتین فتصحیحها الجهة الواحدة أولی.

نعم ربما یناقش فی الفحوی علی ما عن التـذکرة بأن کل من أبطل بیع الفضولی و لم یر تمامه بالإجازة أبطل بیع الراهن و لم یر تمامه بإجازة المرتهن فان ظاهر ذلک عدم الفرق بین بیع الفضولی و بیع الراهن فلا یکون الثانی أولی بالصحة بالإجازة.

و لکن لا یخفی ما فیه کما لا یخفی ما فیما ذکره بعض المعاصرین من بطلان بیع الراهن و عدم تمامه بإجازة المرتهن باعتبار ان ظاهر النهی عن معاملة فسادها کالنهی عن بیع الوقف و أم الولـد بخلاف ما إذا کان النهی عنه لکون المنهی عنه عنوانا ینطبق علی المعاملة أحیانا و یعبر عن ذلک بالنهی عن المعاملة بعنوان خارج عنها فان هذا النهی لا یقتضی فسادها.

(۱) قـد ذکرنا سابقا ان الأفعال الخارجیـة المتعلقـة بمال الغیر المحکومة بالحرمة عند صدورها لا تخرج الی الحلال بالإجازة لأن تلک الأفعال قد انتهت أمرها إما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۷

ربما یتجه الصحة فیما إذا کان الغرض (۱)

بالوجود فلا یمکن ترکها أو الی الترک فلا یمکن فعلها فلا یتعلق الحکم التکلیفی بها بعـد انتهاء زمانها و لذا یحکم ببطلان الوضوء و الاغتسـال بماء الغیر حتی مع رضا مالکه فیما بعـد فان بطلانهما باعتبار حرمتهما حین صـدورهما و لا یکون انقلاب فی الحرمـة نعم ما یتعلق بمال الغیر من الأفعال الاعتباریة التی لها أحکام وضعیة کالعقود فیمکن تمام تلک الأفعال بالإجازة.

و قـد فصل القائل المزبور فیها بأنها فیما کانت صادرة عن المالک لا تکون موقوفـة لأن المعاملـة الصادرة عن المالک أصالة لا نیابة و لو تعلق بها نهی تکون فاسدة و الا صحت فعلا بخلاف الاعتباریات الصادرة عن غیر المالک فإنها لو وقعت علی وجه الظلم و العدوان علی المالـک بحیث تکون محرمـة فلاـ تصـح بلحوق الإجـازة کبیع الغاصب بخلاف ما إذا وقعت علی وجه النیابـة عن المالک فإنه لا یتعلق بها فی الفرض نهی لتکون فاسـده و هـذا القسم یکون تماما بلحوق الإجازة و مما ذکر یظهر التفصـیل فی بیع المرتهن الرهن بلا اذن الراهن بخلاـف بیع الراهن بلاـ اذن المرتهن فـإن الثـانی یکون فاسـدا لحق به الإجـازة أم لا بخلاف الأول فإنها تصـح بالإجازة لو صدرت علی وجه النیابة.

(۱) یعنی ربمـا یقـال بصـحة بیع المالـک بلحوق إجـازة ذی الحق فیمـا کـان نهی المالـک عن بیع مـاله لرعایـة مصـلحة الآـخر کنهی المشتری عن بیع الحصة التی اشتراها فان الحجر علیه من بیع تلک الحصة لرعایة مصـلحة الشـریک الآخر لیتمکن من الأخذ بالشفعة و فی هذا القسم یقال بصحة بیع المشتری المزبور فیما اجازه الشریک الشفیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۸

و منع اقتضاء مطلق النهی لا لأمر خارج للفساد (۱)

أقول و علی ذلـک یکون بیع الراهن ایضـا کـذلک فـان الحجر علی الراهن باعتبـار رعایـة مصـلحة المرتهن و المراد ب (هنا) فی قوله فالقول بالبطلان هنا هو الأقوی هو بیع الراهن فتدبر.

(۱) النهی عن معاملـة ظـاهره الإرشـاد إلی فسادهـا یعنی عـدم إمضاء الشارع لها و صـرفه الی التکلیف یحتاج الی قیام قرینـة و مع قیام القرینة علی کونه تکلیفا فلا ملازمة بین المنع عن معاملة بمعناها المصدری و ثبوت أثرها علی تقدیر إنشائها و لذا لا یقتضی النهی عن

معاملة فسادها حیث ان النهی عنها کما ذکر کون صدورها مبغوضا و اما ترتب الأثر علیها بعد صدورها أخذا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إطلاق دلیل حل البیع بمعنی إمضائها فلا ینافی النهی المزبور و هذا حال النهی عن معاملة بعنوانها.

و اما إذا کان النهی عنها بعنوان آخر منطبق علیها فان کان ذلک العنوان منطبقا علی المعاملة بمعناها المصدری فهو لا یزید عن النهی عنها بعنوانها و إذا کان العنوان المزبور منطبقا علی المعنی الاسم المصدری و الوفاء به کما إذا انطبق عنوان تقویة الکفر و تضعیف الحق و أهل الایمان أو ثبوت السبیل للکافر علی المسلم علی بیع العبد المسلم منه و الوفاء بها فالظاهر عدم صحة تلک المعاملة و ذلک فان کون المعنی الاسم المصدری مبغوضا مقتضاه عدم إمضاء الشارع له حیث ان إمضائه الملک المزبور تقویة للکفر و جعل سبیل للکافر علی المسلم.

و بتعبیر آخر لا یمکن الأمر بالوفاء بتلک المعاملة المقتضی للقبض و الإقباض مع النهی عن تقویة الکفر و ترویج الباطل و جعل الکافر عالیا علی المسلم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۹

و قد یتخیل وجه آخر (۱)

---

(۱) و حاصله ان اجازة المرتهن کاشفة عن دخول العین فی ملک المشتری من زمان بیع الراهن فیلزم ان یکون ملک غیر المدیون یعنی المشتری رهنا و بتعبیر آخر اجازة المرتهن فی المقام نظیر إجازة البائع فی مسألة من باع شیئا ثم ملک ثم أجاز فی عدم إمکان وقوع الإجازة کاشفة و وقوعها بغیر نحو الکشف غیر صحیح و وجه عدم الإمکان فی تلک المسألة أنها لو کانت کاشفة عن انتقال المبیع إلی المشتری من حین بیع البائع لزم کون المبیع ملکا للمشتری بمقتضی إجازة البائع و ملکا لمالکه الاولی لیصح تملک البائع منه بعد بیعه کما یلزم فی المقام کونه ملکا للمشتری ببیع الراهن و کونه رهنا لیصح للمرتهن أجازته.

و الجواب ان اجازه المرتهن کما تکون کاشفة عن انتقال المبیع إلی المشتری من زمان البیع کذلک تکون کاشفة عن تمام الرهن من ذلک الزمان فلا محذور.

و الحاصل ان المحذور فی مسألة من باع شیئا ثم ملک فأجاز لا یجری فی اجازة المرتهن نعم یجری مثل المحذور فی مسألة افتکاک الرهن بعد بیع الراهن فیلزم کون ما هو ملک المشتری رهنا بحسب الواقع علی دین الغیر إلی زمان افتکاکه فبیع الراهن قبل افتکاک الرهن أو إبراء المرتهن أو إسقاط حقه یشبه مسألة من باع شیئا ثم ملک و علی الجملة فرق بین اجازة المرتهن و فک الرهن أو الإبراء فإنه و ان یسقط حق الرهانة بکل منها الا أن مبدء السقوط فی الإجازة من حین بیع الراهن و لذا یدخل البیع المزبور فی دلیل حل البیع و وجوب الوفاء بالعقد و لکن مبدء انتهاء الرهن فی الفک أو الإبراء زمانهما لا حال البیع و لذا یکون دخول البیع المزبور فی إطلاق دلیل حل البیع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مبنیا علی جواز التمسک بالعام بعد خروج فرد منه و علی تقدیر الدخول یکون مقتضاه النقل کما یأتی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۰

و یحتمل عدم لزوم العقد بالفک کما احتمله فی القواعد (۱) و لکن الإنصاف ضعف الاحتمال المذکور (۲)

---

(۱) و حاصله أنّه لا دلیل فی البین علی تمام بیع الراهن و لزومه بفک الرهن أو إبراء المرتهن أو إسقاطه حقه و ذلک فان بیع الراهن حال حصوله کان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد و عن إطلاق حل البیع و بعد انقضاء الرهن بما ذکر لا یمکن التمسک بهما لما تقرر فی محله من عدم جواز التمسک بالعام أو المطلق فیما إذا خرج فرد عنهما فی زمان و شک فی حکم ذلک الفرد بعد ذلک إلا إذا کان للعام أو المطلق عموم أو إطلاق زمانی بأن یجب الوفاء فی کل زمان بوجوب مستقل و لکن الثابت وجوب واحد مستمر و الحلیة الثابتة حکم وضعی لا تکلیفی فضلا عن کونها زمانیة.

و الحاصل یکون المقام من موارد حکم الخاص یعنی استصحاب عدم لزوم البیع المزبور و عدم إمضائه و بقاء الرهن علی ملک الراهن بل ما ورد فی نکاح العبد من عدم تمامه بمجرد عتقه فیما إذا کان نکاحه بغیر اذن سیده ظاهره ان خروج نکاحه عن عموم وجوب الوفاء بالنکاح حال حدوثه کاف فی الحکم بعدم تمامه بالعتق و لا فرق بین النکاح المزبور و بیع الراهن من هذه الجهة.

(۲) المراد بالاحتمال هو احتمال بطلان بیع الراهن و عدم تمامه بفک الرهن أو الإبراء و إسقاط المرتهن حقه و وجه ضعفه انه لا مجال لاستصحاب عدم تمام بیع الراهن بعد حصول أحدها فإن عدم تمامه باعتبار تزاحم حق المرتهن مع وجوب الوفاء ببیع الراهن و الترجیح لحق المرتهن لکونه أسبق و إذ سقط الحق المزبور بقی وجوب الوفاء بالبیع بلا- مزاحم فالمقام من مورد التمسک بعموم وجوب الوفاء بالعقد.

و بهذا یظهر الفرق بین تمام البیع بعد انقضاء الرهن و بین نکاح العبد بلا اذن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۱

و محصله مقتضی القاعدة النقل (۱) و من أجل ذلک جوزوا عتق الراهن هنا (۲)

مولاه حیث لا یصح الثانی بعتقه بعد النکاح حیث ان نکاح العبد کان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لقصور المقتضی حیث ان العبد لقصوره لا یستقل فی نکاحه و عدم تمام بیع الراهن کان لوجود المزاحم لا لقصور البائع.

أقول لا- فرق بین الأمرین و التعبیر بان خروج نکاح العبد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لقصور المقتضی أی لقصور نکاحه و عدم استقلال العبد فی عقوده و إیقاعاته بلا منافاة بین کونه زوجا و کونه عبدا بخلاف خروج بین الراهن فإنه لیس لقصور عقده بل لکون بیعه منافیا لکون ماله رهنا لا- یخفی ما فیه فإنه إذا فرض ان رسول اللّه (ص) قد منع عن بیع الراهن و بذلک خرج البیع المزبور عن عموم وجوب الوفاء بالعقد یکون التمسک به بعد انتهاء الرهن بالفک أو الإبراء من التمسک بالعام الدال علی الحکم الاستمراری بعد خروج فرد منه فی زمان کما أنه قد خرج نکاح العبد عن العموم المزبور بما دل علی اعتبار اذن المولی فی نکاح عبده فالتعبیر عن أحدهما بالمانع و عن الآخر بعدم تمام المقتضی مجرد تعبیر و الا فالموضوع لوجوب الوفاء بعد ورود التخصیص علیه العقد الذی لا یکون من الراهن بلا إذن مرتهنه و النکاح الذی لا یکون من عبد بلا اذن مولاه فتدبر.

(۱) قد تقدم فی بحث الفضولی ان مقتضی القاعدة الکشف الحکمی لا النقل المعروف.

(۲) أی و من أجل کون الإجازة فی المقام من قبیل رفع المانع جوز و أعتق الرهن مع لحوق اجازة المرتهن به مع انهم ذکروا بعدم جریان الفضولیة فی الإیقاعات

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۲

ثم ان لازم الکشف کما عرفت (۱)

[الثالث من شروط العوضین القدرة علی التسلیم]

الثالث من شروط العوضین القدرة علی التسلیم (۲)

فیعلم بذلک ان عدم جریانها یختص بموارد تکون الفضولیة فیها باعتبار قصور المقتضی و لذا جواز العلامة عفو الراهن عن الجنایة علی عبده المرهون مشروطا بفک الرهن فی المستقبل فلا مجال لتوجیه عتق الراهن بلحوق أجازته بکون بناء العتق علی التغلیب.

(۱) لا یخفی ان تمام العقد یکون بالإیجاب و القبول و بإجازة المرتهن علی الفرض و قبل ذلک لا یکون فی البین وجوب للوفاء علی ما تقدم و لو فرض القول بان وجوب الوفاء انحلالی یثبت للأصیل قبل تمام العقد فالوفاء به عبارة عن عدم نقضه بإبطال إنشائه لا

وجوب تكميل العقد و إتمامه و لو بدفع حقوق الغير أو طلب الاسقاط من ذى الحق و لذا لا يجب على من باع مال الغير شراء ذلك المال من المالك ليدفعه إلى المشترى بناء على القول بالصحة فى مسألة من باع شيئا ثم ملك.

(٢) يعنى من شروط العوضين كون تسليمهما مقدورا نظير ما يذكر فى ناحية كون مقدار هما معلوما ثم انه قد لا يكون الشىء مع عدم التمكن على تسليمه مالا و لا يقع مورد رغبة ليبذل له مال و هذا لا إشكال فى عدم جواز بيعه و لو ان الشىء بعدم القدرة عليه لا يخرج عن ملك الشخص كما إذا طار الطائر الذى لا يرجى عوده أو وقعت السمكة التى اصطادها فى البحر ثانيا فإنه لو رجع الطائر اتفاقا أو وقع بيد الآخر أو اخرج السمك عن الماء كذلك كان ملكه و لا يجوز للآخر تملكهما بلا رضاه فعدم أواخر السمك عن الماء كذلك كان ملكه و لا يجوز للآخر تملكهما بلا رضاه فعدم جواز بيعهما لعدم كونهما من الأموال و فى صحيحة البزنطى قال سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى الدراهم كثيرة و هو مستوى الجناحين و هو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٧٣

....

يعرف صاحبه أ يحل له إمساكه فقال إذا عرف صاحبه رده عليه و ان لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له و ان جائك طالب لا تتهمه رده عليه فان ظاهرها عدم خروج الشىء بعدم القدرة عليه عن كونه ملكا كما لا يخفى.

و الحاصل ان الكلام فى المسألة فيما إذا لم يخرج الشىء مع عدم القدرة على تسليمه عن كونه مالا لوجود المنفعة المقصودة فيه حتى مع عدم التمكن عليه كما فى العبد الآبق حيث يمكن عتقه فى كفارة أو غيرها و هذا منفعة مقصودة أو كونه مالا لاحتمال الظفر به كما فى غالب الأشياء حيث أنها لا- تخرج عن المالية رأسا مع احتمال الظفر بها كما ان ما لا يكون من غير المقدور ملكا للبائع كالسموك فى البحار خارج عن البحث فى المقام فان عدم جواز بيعها باعتبار عدم ملكها للبائع لا على عدم تمكنه على تسليمها و لذا لو كان متمكنا على تسليمها و لو بالاصطياد بعد البيع لم يصح بيعها.

و بتعبير آخر الكلام فى المقام فى اعتبار القدرة على التسليم بعد الفراغ عن تمام البيع من سائر الجهات.

ثم أنه ذكر النائينى (ره) ان الشىء مع عدم التمكن على تسليمه يخرج عن كونه مالا و هذا هو الوجه فى ذكر القدرة على التسليم فى شرائط العوضين لا فى شرائط المتبايعين و قال يذكر فى كلمات الفقهاء بطلان البيع مع عدم القدرة على التسليم و يذكر فيها ايضا ان تعذر التسليم يوجب الخيار للطرف الآخر و الفرق ان فى مورد التعذر لا يتمكن البائع على تسليمه و لكن يتمكن المشترى على الظفر به و فى هذه الصورة يصح البيع و لكن يثبت للمشترى مع جهله بالحال خيار الفسخ و كذا فيما إذا تساهل البائع فى تسليم المبيع إلى المشترى حتى تعذر تسليمه فان هذا يوجب الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج٣، ص: ١٧٤

....

أقول لو صح ما ذكره أولا من خروج الشىء بعدم القدرة عليه عن كونه مالا لزم الحكم بفساد البيع فيما إذا تساهل فى التسليم حتى إذا تعذر بطريان تعذر التسليم فيكون مالية المبيع متلفا قبل التسليم نظير انقلاب الخل الى الخمر قبل تسليم إلى المشترى أو تعيب المبيع بعيب يخرج معه عن كونه مالا.

و دعوى ان التلف قبل القبض يختص بموارد التلف الحقيقى يدفعها ملاحظة مسألة انقلاب الخل خمرا و تعيب المبيع بعيب موجب لخروجه عن المالية قبل تسليمه الى المشترى و الصحيح ان مسألة تعذر التسليم الموجب للخيار ما إذا أحرز التمكن عليه و لكن لا يحصل هذا التمكن فى الزمان المعين مع استحقاق المشترى المطالبة فيه كما فى بيع السلم و يفرض ذلك فى بيع الأعيان الشخصية

کما إذا أحرز فیها التمکن علی التسلیم و لکن لم یقع هذا التمکن فی زمان استحقاق المشتری التسلیم نظیر الأموال المستوردة من الخارج التی تباع قبل وصولها الی ید بائعها و ربما یتأخر وصولها بحیث لا یتمکن بائعها علی تسلیمها فی الزمان المقرر للتسلیم و هذا لا یوجب بطلان البیع و لا یکشف عن بطلانه بل یثبت للمشتری خیار الفسخ لأن مرجع ذلک الی التخلف فی شرط القبض کما لا یخفی.

ثم انه یستدل علی اعتبار القدرة بروایة النهی عن بیع الغرر حیث یصدق عنوان بیع الغرر علی بیع ما لا یتمکن فیه علی التسلیم و التسلم کما یشهد بذلک ما فی کلمات اللغویین و الفقهاء من التمثیل لبیع الغرر ببیع الطیر فی الهواء و السمک فی البحر.

و بتعبیر آخر المعنی الظاهر للغرر و لو قلنا بعدم إحرازه تفصیلا الا ان صدقه علی موارد عدم التمکن علی تسلیم الشیء و تسلمه محرز کما هو مقتضی التمثیل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۵

....

المزبور کما یصدق علیه فی الجملة المنقول عن أمیر المؤمنین (ع) ان الغرر عمل ما لا یؤمن معه من الضرر و لا یبعد ان یکون المنقول عن الصحاح و هو کون الغرر بمعنی الخطر یساوق النقل المزبور حیث ان الخطر هو الاشراف و العرضة للتلف سواء کان المتلف مالا أو نفسا و هذا ظاهر القاموس ایضا حیث ذکر غرر بنفسه تغریرا أو تغره أشرفها علی الهلکة و الاسم الغرر محرکة و عن النهایة ان بیع الغرر ما کان له ظاهر یغر المشتری و باطل مجهول یعنی ما کان له ظاهر یدعو إلی شرائه مع الجهل بباطنه و عن الأزهری بیع الغرر ما کان علی غیر عهدة و لا ثقة أی لا یکون بایعه متعهدا به و کأنه یعم عدم العهدة بتسلیمه الی المشتری و لا یکون ثقة بحصوله و وصوله الی ید مشتریه.

و ذکر المصنف (ره) و بالجملة فالکل متفقون علی أخذ الجهالة فی معنی الغرر و لعل استفاد ذلک بان کون الشیء عرضة للتلف و الضرر یکون بالجهل بالحال سواء کان الجهل متعلقا بأصل وجود المبیع أو بأوصافه کما و کیفا أو بحصوله بید المشتری.

و لکن قد یقال ان الغرر یختص بموارد الجهل بصفات المبیع و مقداره و لا یعم موارد الجهل بحصوله له بید المشتری و الا لکان بیع کل مبیع غائب غرریا خصوصا إذا کان المبیع حال بیعه فی الطریق البحری لاحتمال غرق السفینة و ضیاع المال و فی بیع الثمار و الزرع حیث یحتمل تلفهما بالآفة عدم وصولهما بید المشتری.

و بتعبیر آخر لا خطر فی بیع المجهول حاله بالإضافة إلی التسلیم و التسلم خصوصا بعد جبر ذلک بالخیار علی تقدیر اتفاق التعذر و أجاب (ره) عن ذلک بان الخطر من حیث الجهل بحصول المبیع بید المشتری و عدمه أعظم من الجهل بصفات

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۶

و لو اشترط ان یبدو الصلاح لا محالة کان غررا عند الکل (۱)

المبیع حیث فی الثانی یعلم بحصول المبیع بید المشتری و لو مع عدم العلم بخصوصیاته و فی الأول لا یعلم حتی بحصول شیء بید المشتری لاحتمال ذهاب مال المشتری من من غیر ان یحصل له عوضه.

و المتحصل انه لا مجال لدعوی اختصاص الغرر بالجهل بالصفات و المقدار بشهادة التمثیل للغرر ببیع السمک فی الماء و الطیر فی الهوی و دعوی ان التمثیل بهما باعتبار الجهل بصفات المبیع یدفعها ملاحظة کلمات الفقهاء و تمثیلهم بها للعجز عن التسلیم أضف الی ذلک شهرة الاستدلال علی اعتبار القدرة علی التسلیم فی کلمات العامة و الخاصة بالنبوی المزبور.

و عن الشهید (ره) فی قواعده ان الغرر شرعا هو الجهل بالحصول و بیع مجهول الصفة لا یکون غررا و ان النسبة بین الجهل بالصفة و

الجهل بالحصول العموم من وجه يجتمعان فى عبد آبق لا- يعلم وصفه و يفترقان فى المكيل و الموزون إذا لم يعتبر ليعلم الكيل أو الوزن فان ذلك بيع مجهول و لا- يكون غررا و فى عبد آبق معلوم الصفة حيث يكون بيعه غررا من غير كونه بيعا مجهولا- و المراد بالجنس فى قوله (و يتعلق الجهل و الغرر تارة بالوجود.) هو الحقيقة كحب لا يدرى انه حنطة أو شعير و بالنوع وصف الحقيقة كعبد لا يدرى انه زنجى أو رومى كبير أو صغير الى غير ذلك كما ان مراده بالغرر هو الجهل لا معناه الشرعى الذى ذكره أولا.

(۱) مراده ان بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع اشتراط ان يبدو صلاحها مستقبلا غرر عند الكل و نظيره فى الغرر بيع الزرع على ان يصير سنبلا ثم ذكر ان الغرر أى الجهالة قد تكون فى المبيع بالإضافة إلى جهاته التى لها مدخل ظاهر فى ماليته كمقداره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۷۷

حيث ذكر فى مسألة تعين الأثمان (۱) و لعله كان على وجه خاص (۲) و لكن هذا الفرد يكفى (۳)

و أوصافه فهذه الجهالة توجب بطلان البيع إجماعا و قد تكون بالإضافة إلى الجهات التى تسامح فيها عادة لقلة دخلها فى ماليته كأس الجدار و قطن باطن الجبة و عدم العلم بأنه من قسم الجيد أو غيره فإن الجهالة فى مثل ذلك لا يضر بصحة البيع و قد يردد الجهة فى أنها من الجهة الظاهرة الموجب الجهل بها بطلان المعاملة أو أنها من الجهة التى يتسامح فيها و فى كون الجهالة مع تردد الجهة موجبة للبطلان أم لا خلاف كالجزاف فى أوصاف العين المستأجرة أو فى رأس المال فى المضاربة و كالجهالة فى الثمرة المباعة قبل بدو صلاحها بلا اشتراط صلاحها و بيع الآبق بلا ضميمة.

(۱) كأنه يستفاد من كلامه فى شرح الإرشاد معنى آخر للغرر و قد ذكر ذلك المعنى فى مسألة جواز كون الثمن فى البيع شخصيا حيث منعه العامة بدعوى ان البيع مع كون الثمن شخصيا غررى لإمكان ظهور تلفه أو كونه مستحقا للغير فيبطل البيع حيث منع عن كون البيع مع الثمن الشخصى غرريا فان الغرر هو الاحتمال المجتنب عنه فى العرف بحيث يوبخ على عدم اجتنابه و يرد على ذلك ما ذكره فى المتن من ان شراء المردد بين الذهب و الفضة بقيمة الفضة لا- يكون غرريا كما يرد على استدلال العامة فى مسألة تعين الأثمان أنه لو صح ما ذكر لما جاز كون المبيع ايضا شخصيا.

(۲) بان كان نبذ الحصاة أو الثوب معينا للمبيع كما إذا جرى المبيع على مبهم بشرط تعيينه بعده بالنبذ.

(۳) مجرد كون بيع سفهيا لا يوجب بطلانه و ليس كونه عقلائيا من شرائطه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۷۸

منها ما اشتهر عن النبى (ص) من قوله لا تبع ما ليس عندك (۱)

بعد حصول تمليك عين بعوض و كون كل من العين و عوضه مالا نعم بيع السفيه باعتبار الحجر عليه فى أمواله محكوم بالبطلان و اما كون أكل المال فى مقابله باطلا فلا يعم بل يختص بما إذا لم يكن المبيع مع عدم التمكن عليه مالا بأن لم يكن من قبيل العبد الآبق.

و دعوى ان مثل العبد ايضا مع عدم التمكن عليه يخرج عن كونه مالا و ان بقى على ملك مالكه لا يمكن المساعدة عليها و لذا ذكروا جواز بيع العبد الآبق بلا- ضميمة ممن ينعتق عليه نعم مع عدم المالية له يكون أكل العوض فى مقابله باطلا و ان لم يخرج مع عدم التمكن عن الملكية و لذا لو اتفق عوده يكون لمالكه كما لا يخفى.

(۱) و تقريب الاستدلال بهذا النبوى المروى من طرق أصحابنا أيضا هو انه ليس المراد به بيع خصوص ما لا يملكه البائع و الا لكان الأنسب ترك الكناية و الإتيان باللام الظاهرة فى الملك بان كان التعبير كذا لا تبع ما ليس لك و ايضا ليس المراد خصوص ما لا يتمكن على تسليمه الى المشترى مع كونه ملكا لبائعه فإن هذا ينافى استدلال الفقهاء على حكم من باع شيئا ثم ملكه حيث ان المفروض فى تلك المسألة التمكن على الإقباض فى زمان استحقاق التسلم خصوصا فيما إذا كان البائع فيها وكيلا فى بيعه و لو عن

نفسه بان يبيع المال من شخص آخر أو من نفسه.

و الحاصل ان المراد بقوله ما ليس عنده ما لا يكون لبائعه سلطنة تامة سواء كان عدمها من جهة عدم الملك أو من جهة عدم تمكنه على التسليم و الإقباض و هذه السلطنة التامة من شرائط البيع.

لا يقال على ذلك فلا يصح بيع الفضولى فإنه يقال ما دل على صحته يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۷۹

....

مخصصا لهذا النبوى أو يقال ان النهى عن البيع المزبور إرشاد الى عدم وقوعه لبائعه فلا ينافى وقوعه لمالكه مع إجازته فإنه عند استناد البيع الى المالك بإجازته لا يكون بيعه داخلا فى المنهى عنه.

لا يقال لا يمكن الاستدلال فى المسألة بالنبوى المزبور لان المراد منه هو بيع عين خارجية لا يملكها ثم تملكها بالاشتراء أو غيره عن مالكها و تسليمها إلى المشترى الأول فإنه يقال لا قرينة فى البين على اختصاص المراد به و فى حديث المناهى قال و نهى عن بيع و سلف و نهى عن بيعين فى بيع و نهى عن بيع ما ليس عندك و وروده جوابا لحكيم بن حزام و قد سئله عن بيع الشيء قبل تملكه على ما رواه العامة لا يوجب تخصيصا فى عمومه.

لا- يقال عموم الجواب باعتبار ان الجواب لا يختص بالحكيم بن حزام بل يعم كل من كان من قبيله بان باع مال الغير ثم تملكه و دفعه الى مشتريه على ما هو شأن الدلال.

و اما عمومه بالإضافة إلى بيع ملكه مع عدم قدرته على تسليمه فلا يكون شأن الدلال.

فإنه يقال لو سلم كون الحكيم بن الحزام دلالا كان يبيع مال الغير لنفسه أو لغيره الا انه لا مانع من توجيه خطاب اليه تتضمن الكبرى الكلية المتضمنة للحكم فى بيع مال الغير لنفسه و الحكم فى بيع ماله مع عدم التمكن على تسليمه أضف الى ذلك ورود النهى فى مناهى رسول اللّه (ص) مستقلا من غير سبق سؤال.

نعم ناقش المصنف (ره) فى الاستدلال المزبور بان مفاد النبوى بل حديث النهى عن بيع الغرر عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة لبائعه فلا ينافى وقوعه مراعى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۱۸۰

....

بحصول تلك السلطنة فلو حصلت فى زمان لا يفوت مع التسليم فيه الانتفاع المعتد به من المبيع كفى.

و دعوى ان النهى عن بيع ما ليس عنده كالنهى عن بيع الغرر ظاهر فى فساده رأسا يدفعها بان الأمر فى المقام دائر بين حمل النهى على الإرشاد إلى الفساد المحض بتخصيص النهى المزبور فى بيع الراهن الذى يتم بلحوق اجازة المرتهن و فى بيع ما يملكه البائع بعد بيعه كما إذا باع الوارث عن مورثه ما يملكه بموته فإنه إذا أجاز الوارث ذلك البيع بعد موته تم البيع على أحد الأقوال و كذا بيع المولى عبده الجانى عمدا حيث لا سلطنة تامة لبائعه باعتبار كونه معرضا للقصاص أو الاسترقاق و مثله بيع المالك المحجور سواء كان الحجر عليه لكونه رقا أو سفيها أو مفلسا حيث يتم البيع بإجازة المولى أو الولى أو الغرماء و بين حمل النهى عن بيع ما ليس عنده على عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة و كونه مرعى و لا ترجيح للأول على الثانى.

أقول يتعين فى المقام الالتزام بالأول و إلا لزم القول بعدم تعين تخصيص العموم فيما إذا دار الأمر بين تخصيصه أو حمل الحكم فى العام على ما لا- ينافى العموم مثلا إذا ورد فى خطاب أكرم العلماء و فى خطاب آخر عدم وجوب إكرام زيد و عمرو و خالد و دار

الأمر بین تخصیص العام و الالتزام بالوجوب فی باقی الافراد أو حمل الأمر فی العام علی الاستحباب و الأخذ بعمومه فإنه یتعین ترجیح التخصیص بلا کلام هذا أولا.

و ثانیا ان مفاد حدیث النهی عن بیع الغرر غیر مفاد النهی عن بیع ما لیس عنده فان مفاد الثانی اعتبار القدرة علی التسلیم فی ظرف لزوم الوفاء بالبیع و لا یعتبر تحققها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۱

و منها ان لازم العقد وجوب التسلیم وجوبا مطلقا (۱).

حال البیع نعم لا بد من إحرازها بوجه معتبر حال البیع لئلا ینطبق علی البیع عنوان بیع الغرر و دعوی کفایة انتفاء الغرر بعد البیع لا یمکن المساعدة علیها فان ظاهر النبوی اعتبار عدم کون البیع فی تحققه غرریا و لذا لا یصح البیع بمعلومیة مساحة المبیع و عدده بعد البیع.

و مما ذکر یظهر انه لو أحرز وصول المبیع بید المشتری و لو مع عدم تمکن البائع علی التسلیم کفی فی انتفاء الغرر و اعتبار التمکن علی التسلیم کما یأتی لوصول المبیع بید المشتری لا لخصوصیة فی تسلیم البائع.

ثم انه فی الاعتماد فی اعتبار التمکن علی التسلیم أو التسلم علی حدیث النهی عن بیع الغرر اشکال لضعف الروایة سندا بل دلالة فإن الجهل بوصول المبیع بید المشتری لا یوجب صدق الغرر علی نفس البیع الذی فی حقیقته تملک عین بعوض و الأصحاب فی حکمهم فی اعتبار القدرة لعلهم اعتمدوا علی ما ورد فی بیع مثل العبد الآبق بلا ضمیمة و مما ورد فی بطلان البیع بالتلف قبل القبض و غیر ذلک فلا مجال لدعوی انجبار ضعفه سندا بل دلالة بعملهم کما لا یخفی.

(۱) و توضیحه ان کل تکلیف و منه وجوب تسلیم المبیع إلی المشتری مشروط بالتمکن علی متعلقة و لو بنحو الشرط المتأخر و علی ذلک فان کانت القدرة علی التسلیم متحققة فی المعاملة تصح مع تحققها فعلا التکلیف الفعلی بالتسلیم بخلاف ما إذا احتمل حصولها مستقبلا فإنه لا یصح التکلیف الفعلی به و انما یصح إیجابه بنحو الاشتراط و التعلیق بحصوله مستقبلا و بما أن المستفاد من خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ترتب التکلیف الفعلی بتسلیم العوضین علی العقد فیستکشف من ترتبه علیه اعتبار تحقق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۲

....

القدرة علی التسلیم فی صحته.

و الجواب عن هذا الاستدلال ظاهر فإنه لا یستفاد من وجوب الوفاء بالعقد ترتب وجوب التسلیم فعلا بل یترتب علیه مطلق وجوب التسلیم سواء کان فعلیا أو مشروطا بحصول التمکن علی التسلیم مستقبلا فلا حظ طریان العجز علی التسلیم بعد تمام العقد و بعد التمکن علیه حیث لا یکون التکلیف بالتسلیم بعد طریانه الا مشروطا بحصول القدرة و ان شئت فلا حظ وجوب الوفاء بالنذر فإنه یترتب علی تمام النذر و کما إذا نذر التصدق بدرهم علی تقدیر شفاء ولده مستقبلا لا یکون وجوب التصدق فعلیا بمجرد النذر کذلک البیع فی المقام حیث لا یتضمن فی المقام الا الالتزام بدفع المبیع إلی المشتری علی تقدیر الظفر به مستقبلا.

و قد یعترض لهذا الجواب بأن الأصل عدم تقیید الوجوب کما یرد هذا الاعتراض بأن الأصل عدم اشتراط البیع علی تحقق القدرة علی التسلیم و کل من الاعتراض و الرد فاسد اما الاعتراض فلأن المستفاد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ علی تقدیر کونه تکلیفا لیس الا مطلق وجوب التسلیم لا وجوبه الفعلی بلا تقدیر کما ذکرناه فی وجوب الوفاء بالنذر و مقتضی الأصل العملی أیضا هو مطلق الوجوب حیث انه المتیقن کما لا یخفی.

و اما الرد فلان اشتراط البیع بالتمکن علی التسلیم مقتضی الأصل العملی حیث ان الأصل فی المعاملات الفساد و لو أرید من الأصل التمسک بإطلاق حل البیع فله وجه علی تقدیر عدم تمام الدلیل علی التقیید من حدیث النهی عن بیع الغرر أو الروایات الواردهٔ فی بیع مثل العبد الآبق مع الضمیمهٔ فتدبر جیدا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۳

ثم ذکر اختلاف الأصحاب فی مسألهٔ الضال و الضالهٔ (۱)

---

(۱) کان مراد صاحب الجواهر (ره) ان اختلافهم فی تلک المسألهٔ باعتبار عدم تسالمهم علی اشتراط القدرهٔ علی التسلیم و الا کان مقتضی لزوم إحراز الشرط عدم جواز بیعهما فالمقدار المتیقن کون العجز مانعا فلا یجوز البیع مع إحرازه لا مع الشک فیه لان مقتضی الأصل عدم المانع.

و أورد علیه المصنف (ره) أولا- بأن العجز لا- یمکن اعتباره مانعا عن البیع فإنه أمر عدمی و المانع یکون وجودیا یمنع عن الأثر و التقابل بین القدرهٔ و العجز تقابل العدم و الملکهٔ فیطلق العجز علی عدم القدرهٔ فیما یمکن اتصافه بالقدرهٔ باعتبار شخصه أو کلیه.

أقول المانع فی المعاملات و العبادات غیر المانع المعد عدمه من اجزاء العلهٔ التامهٔ حیث ان المانع المزبور لا یمکن کونه امرا عدمیا لان العدم لا- یمنع عن تأثیر شیء بل المراد به ما یکون عدمه مأخوذا فی متعلق الحکم أو موضوعه وضعیا کان أو تکلیفیا و تقیید المتعلق أو الموضوع فی جعل الحکم کتقیید هما بأمر وجودی أمر ممکن.

و بتعبیر آخر لو کان التقیید بأمر وجودی فیطلق علی ذلک الأمر الوجودی الشرط و لو کان بأمر عدمی یطلق علی ذلک الأمر العدمی المانع فالمانعیهٔ ترجع الی الاشتراط لا محالهٔ و بهذا یظهر ان ما ذکر- من ان الالتزام برجوع المانع فی حقیقته الی الاشتراط فرار من المطر الی المیزاب لان العدم إذا لم یمکن کونه مانعا فکیف یمکن کونه شرطا حیث ان الشرط ما یکون واسطهٔ فی التأثیر- لا یخفی ما فیه من خلطه بین الشرط الفلسفی و الشرط باصطلاح الفقیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۴

....

و أورد المصنف (ره) ثانیا بأنه لا مجال للفرق بین کون شیء شرطا أو عدمه مانعا و انما یکون الفرق فیما إذا کان فی البین أمر ان وجودیان مثل الفسق و العدالهٔ و دار الأمر بین کون الفسق أی المعصیهٔ مانعا عن جواز الاقتداء فی الصلاهٔ مثلا أو العدالهٔ شرطا فان فی مثل ذلک یجوز الاقتداء مع الشک فی عدالهٔ الشخص و فسقه بناء علی مانعیهٔ الفسق باستصحاب عدم کون الامام فاسقا و اما بناء علی اعتبار العدالهٔ فالأصل عدم کونه عادلا فلا یجوز الاقتداء به.

و السر فی عدم الفرق فی المقام هو ان مع استصحاب عدم القدرهٔ علی التسلیم یحرز عدم صحهٔ بیعه فان کانت القدرهٔ شرطا فباعتبار عدم الشرط و ان کان العجز مانعا فباعتبار وجود المانع حیث ان العجز هو عدم القدرهٔ و لو کانت الحالهٔ السابقهٔ هی القدرهٔ فیحکم بالصحهٔ علی کلا الفرضین و هذا فی الشبهات الموضوعیهٔ و اما الحکمیهٔ فکما إذا شک فی ان الشرط فی البیع القدرهٔ علی التسلیم فی الجملهٔ أو مستمرا و ان المانع العجز حال العقد أو مستمرا ففی غیر مورد الدلیل علی الاشتراط أو المنع یؤخذ بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إطلاق دلیل حل البیع بلا فرق بین اشتراط القدرهٔ أو مانعیهٔ العجز.

و قد یقال ان استصحاب بقاء القدرهٔ علی التسلیم لا یثمر فی إحراز الشرط فان الشرط هو التمکن علی تسلیم العوضین و استصحاب التمکن علی تسلیم ماله الی الغیر لا- یثبت التمکن علی تسلیم المال بعنوان العوضین و لکن لا- یخفی ما فیه من الوهن فان عنوان التمکن علی تسلیم العوضین مذکور فی کلمات الأصحاب و اما الوارد فی الأدلهٔ أی المستفاد من النهی عن بیع ما لیس عنده اعتبار

کون المال تحت سلطانه

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۳، ص: ۱۸۵

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۵

ثم ان العبرة فی الشرط المذکور انما هو زمان استحقاق التسلیم (۱)

فی جواز بیعه.

و ایضا قد یقال ان استصحاب بقاء القدرة أو استصحاب العجز یثمر بناء علی کون القدرة علی التسلیم شرطا أو کون العجز مانعا کما إذا اعتمدنا علی النهی عن بیع ما لیس عنده و اما إذا اعتمدنا علی النهی عن بیع الغرر فبمجرد الجهل بکون المال فی سلطانه یثبت الغرر فی البیع فیحکم بفساده و لکن یمکن الجواب بان استصحاب القدرة یرفع الغرر فان مفاد دلیل الاستصحاب اعتبار المکلف عالما بالبقاء کما ذکرنا ذلک فی وجه قیام الاستصحاب مقام القطع المأخوذ فی الموضوع و الحاصل ما نحن فیه من قبیل استصحاب بقاء المبیع علی کیله السابق أو وزنه السابق فی ارتفاع الغرر.

ثم ان اختلاف الأصحاب فی مسألة الضال و الضالة فلیس وجهه ان القدرة شرط أو العجز مانع بل وجهه خلافهم فی جریان دلیل نفی الغرر فی بیعهما حیث لا یکون علی المشتری مع عدم قبض المبیع ضمانه بل ضمانه علی بایعه قبل القبض فیقال لا غرر و لذا من التزم بالصحة حکم ببطلان البیع من زمان ظهور العجز لا من الأول و لو کان العجز الواقعی مانعا لقال بانکشاف البطلان من الأول.

(۱) حاصل ما ذکر (ره) فی المقام أنه لا یعتبر التمکن علی التسلیم فی بیع لا یکون فیه استحقاق التسلیم أصلا کما فی بیع العبد ممن ینعتق علیه و کما فی بیع الشیء ممن یکون ذلک الشیء بیده و کذا لا یعتبر التمکن علی التسلیم فی زمان لا یکون فیه استحقاق التسلیم للآخر فلا یضر عدم التمکن علیه حال الإیجاب أو القبول فی جمیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۶

....

البیوع أو بعد البیع فیما إذا باع علی اشتراط التأخیر فی التسلیم الی زمان کبیع السلف أو النسیئة.

و یتفرع علی عدم اعتبار التمکن علی التسلیم قبل تمام العقد أنه لا بأس بعدم التمکن علی التسلیم فی بیع الفضولی قبل اجازة المالک حیث ان المشتری لا یستحق التسلیم قبل أجازته و هذا علی النقل ظاهر و اما علی الکشف یعنی الحقیقی فلا یخلو عن الاشکال باعتبار ان المعاملة لازمة علی الأصیل واقعا مع أنه لا یتمکن علی تحصیل ما انتقل الیه فیکون البیع المزبور باعتبار عدم تمکنه علی تحصیل ماله غرریا و یجری هذا الإشکال فی مثل بیع الرهن ایضا قبل اجازة المرتهن أو فک الرهن و لا یجری فیما إذا کانت المعاملة فضولیة من الطرفین.

و ایضا یتفرع علی عدم اعتبار التمکن علی التسلیم فی غیر زمان الاستحقاق انه لو لم یتمکن علی التسلیم فی بیع الصرف الی زمان ثم اتفق القبض تم به البیع المزبور و هذا لعدم انتقال المال قبل القبض لیقال ان البیع مع انتقال المال الی الطرف و عدم تمکنه علی تحصیل ذلک غرر و بتعبیر آخر یکون عدم التمکن علی التسلیم فی موارد اشتراط القبض نظیر عدم تمکن المشتری علی تحصیل المبیع حال إیجاب البائع أو حال قبوله فی عدم إیجابه الغرر و الی ذلک یشیر (ره) و کذا لو لم یقدر علی تسلیم ثمن السلم. یعنی لا

یقدح فی المعاملة عدم التمکن علی تسلیم ثمن السلم لان نفس تسلیم الثمن شرط فیه و لو وقع التسلیم تم البیع بلا غرر و لو لم یقع فلا بیع لیکون غرریا.

و علی ذلک فلو کان عند إنشاء السلم متمکنا علی التسلیم و بعد إنشائه لم یتمکن علی التسلیم فبعروض العجز لا یکون البیع غرریا لان المفروض عدم تمام البیع لیکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۷

....

غرریا بل لو کان عروض العجز بعد الإنشاء معلوما حال العقد فلا یضر ذلک فی صحة بیع السلم و تمامه لو اتفق التسلیم قبل تفرقهما و قد تحصل مما ذکر أمران:

الأول- ان المعتبر من التمکن علی التسلیم حصول التمکن فی زمان یستحق الآخر فیه التسلم فلا اشتراط فی بیع لا یکون فیه استحقاق التسلم أصلا کبیع العبد ممن ینعتق علیه أو بیع المال ممن جری یده علی المال مع الضمان کبیع العین المستعارة من مستعیرها المشروط علیه ضمانها کما لا اشتراط بالإضافة الی غیر زمان استحقاق التسلم نظیر بیع السلم و بیع النسیئة.

و الثانی انه یثبت الغرر فی البیع أو غیره مع عدم التمکن علی التسلیم و یبطل به البیع فی غیر موارد یعتبر فیها اشتراط التسلیم فی نفس المعاملة کما فی بیع الصرف و السلم و الرهن و غیر ذلک مما یعتبر فیه القبض أقول لو باع المتاع الذی لا یتمکن فعلا علی تسلیمه بشرط تسلیمه فی زمان معین معتقدا تمکنه فی ذلک الزمان و لکن ظهر بعد البیع عدم تمکنه علیه فی خصوص ذلک الزمان فلازم ما ذکر من کون التمکن علی التسلیم فی زمان استحقاق التسلم شرطا بطلان البیع المزبور و لا أظن التزامه أو التزام غیره بذلک.

و قد ذکروا فی باب السلف انه لو لم یتمکن البائع علی أداء ما علیه عند حلول الأجل فللمشتری الصبر الی وجدان المال أو فسخ العقد و لو کان التمکن حال استحقاق التسلم شرطا لزم بطلان البیع المزبور لا تخییر المشتری و الأظهر ان تسلیم البائع المبیع بعد تمام البیع عند إطلاقه أو فی الزمان المعین مع تقیید البیع بالتسلیم فی ذلک الزمان شرط فی المعاملة بجعل من المتعاقدین و لو تخلف هذا الشرط و لو بظهور عدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۸

فالقبض مثل الإجازة بناء علی النقل (۱) اللهم الا ان یقال ان المنفی فی النبوی (۲)

تمکن البائع علی تسلیمه فی ذلک الزمان یثبت للآخر خیار الفسخ و اما الشرط فی صحة المعاملة شرعا فهو إمکان وصول المبیع بید المشتری بعدم امتناع البائع عن التسلیم أو امتناع المشتری عن التسلم سواء کان هذا الوصول حال العقد أو بعده فی أی زمان.

نعم بتعیین زمان التسلیم یحصل أمر آخر معتبر فی البیع و هو ارتفاع الغرر و الجهالة عنه و لکن و لا- یعتبر فی التعیین إحراز التمکن علی التسلیم فی ذلک الزمان بل یکفی فیه احتمال التمکن علیه فیه و الشرط الأول اعتباره مستفاد من النهی عن بیع ما لیس عنده و ما ورد فی بیع العبد الآبق أو غیره مع الضمیمة.

و اعتبار الأمر الثانی مستفاد من حدیث نفی الغرر و مما ورد فی لزوم تعیین المدة فی بیع السلم و نحوه و لا ینافی ذلک ما تقدم من ان التعیین بالإطلاق أو بالقرینة الخاصة شرط جعلی من المتعاقدین فان الشرط الجعلی یمکن ان یحصل به الشرط الشرعی المعتبر فی المعاملة نظیر ما إذا باع المکیل علی ان یکون کیله کذا فإنه بهذا الاشتراط الموجب تخلفه الخیار یرتفع الغرر عن المعاملة فتدبر جیدا.

(۱) یعنی القبض فی موارد اعتباره فی تمام المعاملة کبیع الصرف و عقد الرهن مثل الإجازة بناء علی النقل و اولی من الإجازة بناء علی کشفها فی أنه کما لا یعتبر التمکن علی التسلیم قبل الإجازة کذلک لا یعتبر التمکن علی التسلیم قبل القبض فی تلک الموارد.

(۲) و حاصله أنه لا وجه للالتزام بأن النهی عن بیع الغرر ناظر إلی مانعیة عدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۹

و لو لم یقدر علی التحصیل و تعذر علیهما (۱)

التمکن علی التسلیم فی بیع یکون تاما حتی من قبل الشرط الشرعی أیضا لیقال انه لا مورد للنهی فی موارد اشتراط القبض فی البیع بل ظاهره مانعیة الجهل فی بیع یکون تاما بنظر العرف و اعتبار العقلاء کما هو مقتضی کون متعلق النهی عرفیا فیکون المقام نظیر الجهالة بمقدار المبیع فی بیع الصرف فیما إذا علم بمقداره بالقبض فان الجهل بمقداره عند إنشائه یکون مبطلا و لا یفید العلم به عند القبض.

أقول لا- یخفی ما فیه فان مع اشتراط القبض فی البیع لا یکون ذلک البیع غرریا و لو مع عدم إحراز التمکن علی التسلیم قبل القبض حیث ان القدرة المعتبرة إنما هی القدرة عند استحقاق المشتری التسلم فلا مورد لاعتبار هذه القدرة فی بیع یکون القبض من شرط تمامه لیکون الجهالة بها موجبا للغرر بخلاف معلومیة مقدار المبیع فإنه یمکن ان یقال باشتراط المعلومیة فی زمان إنشاء العقد کما مر فلا یفید المعلومیة بعد ذلک.

و المتحصل الجهالة بالتمکن علی التسلیم الموجب للغرر فی سائر الموارد لا یوجبه مع اشتراط القبض فی البیع بخلاف الجهالة علی مقدار البیع فإنه و ان لا- توجب الغرر فی البیع مع معلومیة المقدار قبل القبض الا انه یمکن ان یقال ببطلان البیع المزبور. لا للغرر بل لان الشرط فی بیع المکیل أو الموزون و نحوهما معلومیة المقدار حین الإنشاء کما لا یخفی.

(۱) یعنی لو لم یقدر المشتری علی تحصیل المبیع و تعذر التسلیم علی البائع و التسلم علی المشتری إلا بعد مدة مقدرة عادة بحیث تکون تلک المدة مما لا یتسامح

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۰

ففی الصحة إشکال (۱) و ربما قید بالکفایة (۲)

فیها فلو کان البیع باعتبار علمهما بالحال فلا خیار للمشتری بل علیه الصبر الی تلک المدة فإن البیع مع علمهما بالحال بمنزلة اشتراط التسلیم بعدها و لو کان المشتری جاهلا بالحال مع إطلاق البیع یثبت له الخیار لرجوعه الی تخلف شرط التسلیم بعد العقد حیث ان ظاهر إطلاق البیع الالتزام بالتسلیم بعده.

و لو کانت مدة التعذر غیر مضبوطة فالأظهر بطلانه فإنه ظهر مما تقدم اعتبار تعیین زمان استحقاق التسلیم و انه لا یکفی فی رفع الغرر مجرد إحراز التمکن علی التسلیم فی زمان ما.

(۱) یکفی فی تمام البیع تمکن المالک علی التسلیم حتی فیما کان العاقد وکیله کما أنه یکفی فیه تمکن الوکیل علیه سواء کان مفوضا أو مأذونا فی إجراء العقد و اقباض المبیع و الوجه فی الکفایة ان المعتبر من قدرة المالک علی التسلیم الأعم من التسلیم بالمباشرة أو بالاستنابة و حیث ان التسلیم المعتبر أعم من کونه بالمباشرة أو بالاستنابة فلا یضر الخطأ فی الاعتقاد بان اعتقد المشتری تمکن العاقد ثم ظهر عجزه و ان المتمکن هو المالک و کذا الحال فی تعیین مقدار المبیع فإنه یمکن الالتزام بکفایة إحراز مقدار الکیل أو الوزن من الوکیل العاقد إذا کان وکیلا فی تعیین مقداره فما ذکره المصنف (ره) من عدم العبرة بقدرة العاقد کما لا عبرة بعلمه ضعیف.

(۲) حکی فی الجواهر عن بعض ان کفایة تمکن المالک علی التسلیم مع عجز وکیله العاقد فیما إذا کان المشتری حال العقد راضیا بتسلم المال من الموکل و کان الموکل ایضا راضیا برجوع المشتری علیه و مع عدم رضاهما بذلک یکون البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۱

و فیما ذکر من مبنی مسألة الفضولی (۱)

محکوما بالبطلان و لا عبرة بمجرد تمکن المالک بـدون التراضـی المزبور و فرع علی ذلک بطلان بیع الفضولی و عـدم تمامه بإجازة المالک.

و وجه التفریع ان العاقد الفضولی لا یتمکن علی التسلیم باعتبار عدم کونه مالکا و مأذونا من المالک و لم یقع التراضی حال العقد من المشتری و المالک ثم اعترض علی التفریع بأنه قـد یکون العاقـد الفضولی متمکنا علی تسلیم المال لعلمه بتمکنه علی إرضاء المالک فیکون بهذا الاعتبار متمکنا علی تسلیم المال و أجاب عن الاعتراض بخروج الفرض عن بیع الفضولی و لا یکون مثل هذا البیع موقوفا علی علی اجازة المالک هذا و لو فرض عدم خروجه بذلک عن الفضولی فلا ریب فی ان القائلین بصحة الفضولی و تمامه بالإجازة لا یقتصرون بالفرض المزبور بل یلتزمون بتمامه بالإجازة حتی فیما إذا لم یکن العاقد متمکنا علی إرضاء المالک.

(۱) و اما مـا ذکره من مبنی المسألـة من عـدم کفایـة تمکن المالک علی التسـلیم الا مع رضاء المشتری برجوعه إلیه و رضاء المالک بـذلک ففساده باعتبار ما تقدم من عدم اشتراط ذلک نعم إذا وقع البیع بشـرط اقباض العاقد ثم ظهر عدم حصوله الا من المالک یثبت للمشتری الخیار و هذا أمر آخر غیر بطلان البیع.

و اما فساد التفریع فإنه یجب الالتزام بصـحة عقـد الفضولی و تمامه بإجازة المالک حتی إذا التزمنا بمبنی المسألـة و ذلک فان المالک بإجـازته یکون طرفا للمعاملة و یکون البیع بیعه و هو حال الانتساب متمکن علی التسـلیم و لا یکون العاقـد الفضولی طرفا فی المعاملة لیعتبر تمکنه علی التسلیم.

و اما ضعف الاعتراض فباعتبار ان تمکن العاقد الفضولی بإرضاء المالک لیس

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۲

[اشتراط العلم بالعوضین]

[المعروف أنه یشترط العلم بالثمن قدرا]

المعروف أنه یشترط العلم بالثمن قدرا (۱)

الا کعلمه بحصول الإجازة و هـذا غیر تمکن العاقـد علی تسـلیم المال و اما ضـعف الجواب عن الاعتراض فلان مع تمکن العاقـد علی إرضـاء المالـک مسـتقبلا لاـ یکون رضـا المالـک بالبیع فعلیا لیخرج عن الفضولیـة بل خروج البیع عن الفضولیـة بالرضا المقارن ایضـا مشکل.

(۱) المشـهور علی اعتبار تعیین الثمن فی البیع فلا یصـح البیع بحکم أحدهما و یسـتدل علی ذلک بروایة النهی عن بین الغرر تارة فإن کون البیع غررا مع جهالـة الثمن و لو بتردده بین الأقل و الأکثر لا یحتاج الی البیان و اخری بروایة حماد عن ابی عبد اللّه (ع) قال یکره أن یشتری الثوب بـدینار غیر درهم لانه لا یـدری کم الدینار من الدرهم «۱» بدعوی ان عدم صـحة استثناء الدرهم عن الدینار لجهالة نسبتهما و ترددها بین الأقل و الأکثر.

و لکن ظاهر المصـنف (ره) کونها تأییـدا لا دلیلا و لعل ذلک باعتبار عـدم ظهور الکراهة فی بطلان البیع نعم روایة السـکونی ظاهرها بطلان البیع فان فیها رجل یشتری السلعة بدینار غیر درهم إلی أجل، قال فاسد فلعل الدینار یصیر بدرهم «۲».

و لکن الروایۀ مقتضاها کون البطلان باعتبار عدم إحراز أصل الثمن فی البیع لا للجهل بمقداره، هذا مع أنه یعارضها علی ما قیل صحیحۀ رفاعۀ النحاس قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) ساومت رجلا بجاریۀ فباعنیها بحکمی فقبضتها منه علی ذلک ثم بعثت إلیه بألف درهم فقلت هذه الف درهم حکمی علیک ان تقبلها فأبی أن یقبلها منی و قد کنت مسستها قبل ان أبعث الیه بالثمن فقال أری. أن تقوم الجاریۀ قیمۀ عادلۀ فإن کان قیمتها أکثر مما بعثت إلیه کان علیک أن ترد علیه ما نقص من القیمۀ و أن کان

(۱) الوسائل الجزء ۱۲- الباب ۲۳- من أحکام العقود.

(۲) الوسائل الجزء ۱۲- الباب ۲۳- من أحکام العقود.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۳

....

ثمنها أقل ما بعثت الیه فهو له، قلت جعلت فداک ان وجدت بها عیبا بعد ما مسستها قال لیس لک ان تردها و لک ان تأخذ قیمۀ ما بین الصحۀ و العیب منه «۱» و وجه المعارضۀ ظهورها فی صحۀ البیع بحکم المشتری.

و قد یجاب عن المعارضۀ کما عن المصنف (ره) بأنه لا یمکن الأخذ بظاهر هذه و اللازم طرحها قیل بصحۀ البیع بحکم المشتری أو بفساده و ذلک فإنه لو کان البیع بحکمه صحیحا فلا وجه لضمان المشتری قیمۀ المثل فلا بد من توجیه ذلک و لو بالقول بتعیین الثمن فی قیمۀ المثل کما فی الحدائق کما انه لا بد من توجیهها علی تقدیر فساد البیع بحکم أحدهما بحملها علی التوکیل فی بیع الجاریۀ و لو من نفسه و ان الوکیل بعد ما باعها من نفسه بالمعاطاۀ أو غیره ادعی البائع الغبن فی بیعها فیکون دفع المشتری قیمۀ مثلها تخلصا من فسخ بیعها بخیار الغبن أو بحملها علی حمل الجاریۀ بعد بیع الوکیل و صیرورتها أم الولد حیث أن صیرورتها أم الولد مانع عن ردها لا أن الروایۀ تحمل علی صورۀ تلف الجاریۀ لیقال ان قوله (ع) فی ذیل الروایۀ «و لیس لک ان تردها» قرینۀ علی عدم تلفها هذا کله مع ظهور الغبن، و اما مع عدم ثبوته فلا یکون للمشتری حق استرداد ما بعث به الی البائع من الزیادۀ علی قیمتها.

و الحاصل ان ما عن الحدائق من حکمه بصحۀ البیع بحکم أحدهما و انصراف الثمن إلی قیمۀ المثل ضعیف کما تری و ان ما ذکره الإسکافی من صحۀ البیع فیما إذا لم یعین الثمن بأن قال بعتک بسعر ما بعت من غیرک و یکون للمشتری خیار الفسخ و به یرتفع الغرر ضعیف، فأن الخیار حکم شرعی یترتب علی البیع الصحیح ثم لو کان

(۱) الوسائل الجزء (۱۲- الباب ۱۸- من عقد البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۴

[المعروف أنه یشترط العلم بالمثمن قدرا]

اشارۀ

المعروف أنه یشترط العلم بالمثمن قدرا (۱)

مجعولا من المتعاقدین یمکن کونه رافعا للغرر کما فی بیع العین الغائبۀ بالتوصیف الا انه لا یجری فی ذکر الثمن بوصف مجهول کما لا یخفی.

و یمکن استظهار اعتبار تعیین الثمن و عدم جواز کونه مجهولا مما ورد فی لزوم الاعتبار فی المثمن و تعیین المدة المضروبة له بما یرتفع معه التردد بین الأقل و الأکثر کما فی تعیین السلف بالشهور لا بوقت الحصاد و نحوه. فإنه لا یحتمل مع اعتبار ذلک فی ناحیة المثمن أن لا یعتبر فی ناحیة الثمن و لذا استدلوا علی اعتبار تعیین المدة فی بیع النسبة بالأخبار الواردة فی السلف.

لا یقال فما وجه ضعف ما علیه الحدائق مع کونه موافقا للصحیحة فإنه یقال ظاهر الصحیحة تمام البیع بحکم أحدهما و انتقال المبیع إلی المشتری بالثمن الواقع علیه الحکم فیما إذا لم یکن أقل من ثمن المثل و مع کونه أقل یکون علیه ثمن المثل و تردید الثمن بین الأمرین أحدهما جعلی و الآخر من الشرع غیر معهود و لو کان هذا الحکم مع کثرة الابتلاء بمثل هذه المعاملة ثابتا لکان من الواضحات عند الأصحاب فکیف الظن مع عدم الإفتاء بالظهور المزبور فی کلام أحد.

(۱) یعتبر العلم بقدر المثمن کالعلم بقدر الثمن بلا خلاف ظاهر و عن التذکرة و غیرها دعوی الإجماع علیه و یشهد له مضافا إلی حدیث النهی عن بیع الغرر ما ورد المدة فی خصوص المکیل کصحیحة الحلبی عن ابی عبد اللّه (ع) انه قال فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم و ان صاحبه قال للمشتری ابتع منی هذا العدل الأخر بغیر کیل فأن فیه مثل ما فی الأخر الذی ابتعت قال لا یصلح الا بکیل و قال و ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فإنه لا یصلح «لا یصح» مجازفة و هذا مما یکره من بیع الطعام فان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۵

....

ظاهر (ما کان من طعام سمیت فیه کیلا) الکنایة عن کونه مکیلا کما ان ظاهر عدم صلاح بیعه مجارفة بطلانه و لا ینافی ذلک ما فی ذیلها هذا مما یکره من بیع الطعام فإن الکراهة فی الروایات لا تکون ظاهرة فی المعنی الاصطلاحی المقابل للحرمة و عدم الجواز بل معناها ما یناسب مع کل منهما.

و کذا لا ینافی ما فی صدرها من عدم الاعتبار بقول البائع بأن العدل الآخر علی قدر ما اشتراه بکیل و وجه عدم المنافاة انه لیس المراد عدم جواز الاعتماد بإخبار البائع فی الشراء علی شرط ذلک الکیل المخبر به بل المراد شرائه بلا اشتراط زاد أو نقص و علی تقدیر إطلاق الصدر یرفع الید عنه بما یدل علی جواز الشراء بشرط الکیل المخبر به فیبقی تحت الصدر صورة وقوع الشراء بلا شرط و بنحو المجازفة.

لا- یقال توصیف الطعام بکونه مما سمیت فیه الکیل ظاهره کون الطعام نوعین مع أنه لیس الطعام خارجا غیر المکیل حیث لا یقال للزرع القائم علی الأرض أنه طعام و الحاصل انه لا یکون الوصف المزبور کنایة عن کون الطعام مکیلا کما ذکر فی وجه الاستدلال لان لازم کونه کنایة کونه توضیحیا فلا بد من کون المراد مما سمیت فیه الکیل المعنی الأخر کاشتراط الکیل فی بیعه أو اخبار البائع به و من الظاهر ان لزوم رعایة الکیل فی صورة الاشتراط أو الاخبار به لا یقتضی لزوم رعایته فی غیر فرضهما کما هو المدعی.

فإنه یقال لو لم یعتبر الکیل فی بیع الطعام یکون اشتراط الکیل فیه کسائر الشروط فی کون لزوم العمل بها حقّا فیصح للمشروط له إسقاط حقه و لا یناسب ذلک قوله (ع) فإنه لا یصلح مجارفة و کذا فی صورة أخبار البائع به فالمتعین حمل قوله (ع) ما سمیت فیه کیلا علی الکنایة عن کون المبیع مکیلا حتی مع اقتضاء ذلک کون الوصف توضیحیا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۶

و روایة أبان عن محمد بن حمران (۱)

فضلا عن الاحتراز عن صورة کونه موزونا کما فی بعض البلاد.

و اما دعوی أن الطعام یعم مثل اللحم و نحوه من غیر المکیل فالقید احتراز عنه، یدفعها ملاحظة موارد استعمال الطعام بلا قرینة حیث

ان ظاهره الحنطة و الشعیر فی الروایات و غیرها فلا حظهما.

و موثقة سماعة قال سألته عن شراء الطعام و ما یکال و یوزن هل یصلح شرائه بغیر کیل و لا وزن فقال اما ان تأتی رجلا فی طعام قد کیل أو وزن تشتری منه مرابحة فلا بأس ان اشتریته منه و لم تکله و لم تزنه إذا کان المشتری الأول قد أخذه بکیل أو وزن و قلت له عند البیع إنی أربحک کذا و کذا و قد رضیت بکیلک و وزنک فلا بأس «۱» حیث ان دلالتها علی عدم جواز بیع الطعام و سائر ما یکال أو یوزن بغیر الاعتبار فیما إذا لم یکن معتبرا فی السابق أوضح من الصحیحة السابقة حیث لیس فیها مورد للمناقشة السابقة و لو کانت المناقشة ضعیفة.

(۱) ثم ان فی البین روایات باعتبار ضعف سندها أو دلالتها لا تصلح للاستدلال و لکن لا تخلو عن التأیید بها، منها صحیحة محمد بن حمران قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) اشترینا طعاما فزعم صاحبه أنه کاله فصدقناه و أخذناه بکیله فقال لا بأس فقلت ا یجوز ان أبیعه کما اشتریته بغیر کیل قال لا. اما أنت فلا تبعه حتی تکیله «۲».

فإنه ربما یقال بدلالتها علی عدم جواز بیع المکیل بدون الکیل و لکنه لا یخلو عن التأمل فإن اللازم حمل المنع فیها علی الکراهة لان اخبار البائع بکیل المبیع

---

(۱) الجزء ۱۲ الباب ۵ عقد البیع.

(۲) الجزء ۱۲ الباب ۵ عقد البیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۷

....

طریق شرعی إلی إحراز کیله فبیعه ثانیا من شخص آخر اعتمادا علی اخبار بایعه سابقا لیس من بیع الطعام بلا- تعیین کیله لیحکم بفساده و لعل النهی المزبور باعتبار ان اخبار البائع ظاهر فی الشهادة التی لا تصح بمجرد اخبار البائع الأول.

و اما ما ذکره المصنف (ره) من دلالتها علی عدم جواز البیع بغیر کیل إلا إذا أخبر به البائع فصدقه المشتری فلا یمکن المساعدة علیه فان فرض کیل الطعام و اخبار البائع به مأخوذ فی السؤال لا قید لنفی البأس فی الجواب لیدل القید علی عدم الجواز بدونه.

و منها روایة أبی العطارد عن ابی عبد اللّه (ع) قلت فاخرج الکر و الکرین فیقول الرجل أعطنیه بکیلک قال إذا ائتمنک فلا بأس فإنها بفحوی مفهومها دالة علی اعتبار الکیل و انه لا یصح البیع بدونه فإنه إذا لم یجز البیع بکیل لا یصدقه المشتری کما هو المفهوم لم یجز البیع فیما إذا لم یکن کیل أصلا.

و منها مرسلة عن ابن بکیر قال سئلت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یشتری الجص بکیل بعضه و یأخذ البقیة بغیر کیل فقال اما ان یأخذ کله بتصدیقه و اما ان بکیله کله فان ظاهر هذه ایضا عدم جواز الشراء بلا اعتبار المبیع و تعیین کیله و لو بإخبار البائع و النهی عن التفکیک إرشاد الی عدم الجدوی فیه فأن مع تصدیق البائع لا حاجة الی کیل بعضه ایضا و مع العلم بکذب البائع لا یقید کیل البعض المزبور من اعتبار الباقی، هذا لو کان المراد بکیل البعض و تصدیق بائعه فی البعض الآخر عند البیع و اما بناء علی کون المراد شراء الکلی و کیل البعض و التصدیق فی البعض الأخر فی مقام الاستیفاء و قبض الکلی فعدم دلالتها علی اشتراط البیع أی بیع العین الخارجیة بالکیل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۸

ثم ان ظاهر إطلاق جمیع ما ذکر أن الحکم لیس منوطا بالغرر الشخصی (۱).

أو بإخبار بایعه به ظاهر.

(۱) اعتبار الکیل و الوزن مترتبان فی الروایات علی کون المبیع مکیلا أو موزونا لا علی کون البیع مع عدمهما غررا و بتعبیر آخر لو کان المدرک لاعتبار الکیل و الوزن روایة النهی عن بیع الغرر لکان لزوم الکیل و الوزن و عدم لزومهما دائرا مدار الغرر و عدمه و لو لم یکن غرر بدونهما فلا بأس بعدم الاعتبار کما إذا کان جنس مساویا مع جنس آخر فی القیمة السوقیة و أرید معاوضة أحدهما بالاخر فإنه لو وضعا فی کفتی المیزان بحیث أحرز تساویهما فی المقدار کفی فی ارتفاع الغرر و أن لم یکن وزن کل منهما معلوما.

و المراد من الاعتبار بالغرر الشخصی ملاحظة کل فرد من البیع و کونه مع عدم الکیل أو الوزن غرریا أم لا و لکن العمدة فی اعتبار الکیل أو الوزن الروایات المتقدمة الظاهرة فی اعتبارهما و مقتضاها عدم الجواز فی المثال و أنه لا یکون دائرا مدار حصول الغرر و عدمه بل المدار کون المبیع مکیلا- أو موزونا نعم یمکن ان یکون ارتفاع الغرر حکمة فی اعتبار الکیل و الوزن فی بیع المکیل أو الموزون و الظاهر ان الحکم یتبع موضوعه لا حکمته و هذا هو المراد بالغرر نوعا.

و قد تحصل مما ذکرنا ان الغرر و ان لم یکن فی الأمثلة المذکورة فی عبارة المصنف (ره) و لا یعمها حدیث النهی عن بیع الغرر و لکن یعمها الروایات الظاهرة فی أن المکیل أو الموزون لا یصلح بیعه الا بالکیل أو الوزن و هذا مع قصد البیع و اما إذا أرید إنشاء المعاوضة بین الجنسین فلا تدخل فی تلک الاخبار ایضا و قد تقدم فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۹

[ثم أن الحکم فی المعدود و وجوب معرفة العدد فیه حکم المکیل و الموزون]

اشارة

ثم أن الحکم فی المعدود و وجوب معرفة العدد فیه حکم المکیل و الموزون (۱)

أول الکتاب أن المعاوضة بإنشائها لا تدخل فی عنوان البیع بل المعاوضة عنوان مستقل یعمها مثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

ثم لا یخفی انه ربما یکون جنس مکیلا أو موزونا فی حال و یکون معدودا فی حال آخر فإن الفضة أو النحاس من الموزون عند عدم کونهما بصورة الدرهم و الفلس و إذا کان بصورتهما مع رواج سکتهما کالمعمول فی عصرنا الحاضر فلا یعتبر وزنهما و لا بأس بجعل أحدهما ثمنا مع الجهالة بوزنه و ایضا لو کان العوض أقل من الأخر المفروض کونهما من جنس واحد کما إذا اعطی المسکوک بسکة مأة فلس بدرهمین مسکوکین کل منهما بخمسین فلسا مع کون العوضین عن جنس واحد و وزن أحدهما أکثر من العوض الأخر فلا یکون من الربا فی المعارضة حیث ان الربا لا یجری فی المعدود.

(۱) یعتبر فی بیع المعدود العد بلا خلاف ظاهر قدیما و حدیثا الا عن الأردبیلی (ره) حیث منع الاعتبار و یستدل علیه بصحیحة الحلبی عن ابی عبد اللّه (ع) انه سئل عن الجوز لا نستطیع أن نعده فیکال بمکیال ثم یعد ما فیه ثم یکال ما بقی علی حساب ذلک العدد قال لا بأس و قیل بعدم الدلالة لها علی اعتبار العدد فإنه و ان یظهر فیها ان الاعتبار کان مرتکزا للسائل و لکن لا یلزم الردع عن مثل هذا الارتکاز مما لا- یوجب ارتکاب الحرام أو ترک الواجب خصوصا مع تجویزه (ع) الکیل فی الفرض مع وضوح ان المعدود مع اختلاف حجمه من حیث الصغر و الکبر لا یحرز عدده بالکیل الا علی وجه التخمین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۰

وعد العلامة البطیخ و الباذنجان (۱).

لو قلنا بأن المناط فی اعتبار تقدیر المبیع (۲)

و لا يخفى ما فيه فان لزوم إرشاد الجاهل فى الشبهة الحكمية و بيان الحكم الشرعى فيها لا يختص بالواجبات و المحرمات و أن الكيل فى مثل الفرض يجعل طريقا إلى إحراز العدد و لذا لا يكفى فيه مجرد التخمين.

(۱) هذا راجع الى تعيين الصغرى و انه فى السلم لا بد من اعتبار الوزن حتى فى المعدودات و انما يعتبر العدد فيها فى بيع الحال باعتبار إحراز وصفها بالمشاهدة و فيه ما لا يخفى فان الوصف فيها حتى من حيث الحجم يعرف بالوصف و مقداره بالعدد فلا وجه لاعتبار الوزن فيها حتى فى السلم.

(۲) و حاصله انه لو قيل بأن المعتبر فى البيع انتفاء الغرر فيه أى الجهالة الموجبة للخطر و الضرر فلا ينبغى التأمل فى جواز بيع المكيل بالوزن و بالعكس و كذا بيع المعدود بالوزن أو الكيل مع فرض انتفاء الغرر بهذا النحو من الاعتبار بل يكفى فى بيع ما ذكر المشاهدة مع فرض انتفائه و لكن كون المعيار انتفاء الغرر خلاف ظاهر كلماتهم و ان انتفائه فى تقدير المبيع بالكيل أو الوزن أو العد حكمة سدا لباب التنازع فيما بعد كما هو الحال فى حكمة بعض الأمور المعتبرة فى أكثر المعاملات.

و إذا كان الأمر كذلك فيقع الكلام فى جواز تقدير كل من المكيل و الموزون و المعدود بالآخر بأن جعل التقدير الأخر طريقا إلى إحراز التقدير المعتبر فيه بان يجعل الكيل طريقا الى وزنه أو عدده و بالعكس و جعله طريقا لا يحصل بمجرد القصد ليقال انه لا دخل للقصد فى خروج البيع عن الجزاف و عدم خروجه بل المراد من الجعل نظير الكيل الوارد فى بيع الجوز فى استكشاف العدد بالكيل أو بالعكس و إذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۰۱

....

كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه فيمكن ان يقال بجواز ذلك خصوصا فيما إذا كان التقدير المعتبر فيه عسرا.

و الوجه فى الجواز ان المبيع فى هذه الصورة قد بيع بالتقدير المعتبر فيه غاية الأمر قد أحرز ذلك التقدير بالطريق الأخر و يؤيد ذلك رواية عبد الملك بن عمر قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) اشترى مأة رواية من زيت فاعترض رواية أو اثنتين فائتزنهما ثم آخر سايره على قدر ذلك قال لا بأس فإن أخذ سائره بقدر ما فرض وزنه انما يكون بجعل ظرف الزيت طريقا إلى إحراز وزنه و استدل بها فى التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذره بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقى اليه.

و عطف على الاستدلال بها قوله و لانه يحصل العلم بالوزن و مقتضى المعطوف عدم انحصار جواز التقدير بالنحو المزبور بصورة تعذر الوزن و تقييد الجواز فى كلامه بصورة التعذر لاستظهاره القيد المزبور من الرواية المشار إليها و بما أنه قيد غالبى لا يقتضى انحصار الجواز بتلك الصورة و لكن عدم الاقتضاء مع فرض ان الجواز فى التقدير بالنحو المزبور على القاعدة لما ذكرنا من انه فى الحقيقة بيع ذلك الشيء بذلك التقدير و الا لما كان التجويز فى فرض التعذر تجويزا لما ذكر مطلقا.

و إذا كان التفاوت المحتمل فيه غير متسامح فيه فالظاهر الجواز ايضا مع البناء على المقدار المستكشف و معنى البناء هو الاشتراط بان لو علم التفاوت لكان للمشترى الرجوع الى البائع بمقدار النقص أو للبائع الرجوع الى المشترى بمقدار الزيادة نظير الاشتراء بإخبار البائع بالوزن أو الكيل و ما تقدم فى صحيحة الحلبى من المنع عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۰۲

ثم أنه لو علم ما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم (۱)

كيل أحد العدلين و شراء الأخر بحسابه محمول على الشراء بدون البناء.

أقول إذا جعل الكيل فى الوزن طريقا الى الوزن أو فى المعدود طريقا الى العدد بحيث لو انكشف تخلف الكيل المزبور عن العدد

المکشوف یثبت للمشتری حق المطالبة بمقدار النقص أو للبائع باسترداد الزائد فلا- یفرق فی ذلک بین کون التفاوت المحتمل مما یتسامح فیه و عدمه و یکون الفرض کما لو اشتری الموزون بالوزن و انکشف بعد ذلک نقصان الوزن بمقدار یتسامح فیه فإنه یکون للمشتری حق المطالبة بمقدار النقص.

و اما إذا لم یکن الوزن فی المکیل أو بالعکس طریقا فالأظهر عدم الجواز بلا- فرق بین الموزون و المکیل و ذلک فإن المالیة فی الموزون یعلم بالوزن و فی المکیل بالکیل حتی لو سلم بأن الوزن أصل فی الکیل فان کونه أصلا لا ینافی هجره فعلا فی تقدیر مالیة المکیل بحیث یکون بیعه بلا کیل من بیعه جزافا نظیر بیعه بملء الید أو بقصعة مجهولة المقدار مع أن ما ذکر (ره) من ان المکائیل المتعارفة علی اختلافها فی المقدار لیس لها مأخذ الا الوزن یمکن عکسه بأن الموازین المتعارفة المختلفة فی الأماکن المختلفة لیس لها مأخذ الا الکیل.

(۱) لم یعلم مما تقدم عدم جواز البیع فی الموزون بالوزن المتعارف فی ذلک البلد فیما إذا لم یعرفه المشتری و لا یکفی معلومیة عنوان الحقة أو الوزنة أو غیر ذلک من العناوین و کیف یکون الفرض مثل بیع الشیء بالمشاهدة مع ان فی الأول لو أحرز نقص المبیع عن المقدار المعنون لکان للمشتری المطالبة بما یقابله من الثمن بخلاف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۳

فأن الظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلک فی غیر حال الضرورة (۱)

[بقی الکلام فی تعیین المناط فی کون شیء مکیلا]

بقی الکلام فی تعیین المناط فی کون شیء مکیلا (۲)

بیعه بالمشاهدة أضف الی ذلک جریان السیرة علی البیع و الشراء من الغرباء الواردین فی البلاد المختلفة و المعاملة مع أهلها بالکیل أو الوزن المعروف عند أهل تلک البلاد من غیر علمهم بنسبة ذلک الکیل أو الوزن الی الکیل أو الوزن المعروفین فی بلادهم فتدبر جیدا.

(۱) لم یعلم من ظاهر السؤال ما ذکر بل ظاهره ارتکاز اعتبار إحراز العدد فی بیع مثل الجوز و عدم التعرض فی الجواب لردعه مقتضاه تقریره علی مرتکزه و علی ذلک فلا بأس بجعل الکیل أو الوزن طریقا الی العدد علی قرار ما تقدم من جعل الکیل طریقا الی الوزن و عکسه اما بیع المعدود بالکیل أو الوزن بما هو من غیر جعلهما طریقا الی العدد فالأظهر عدم جوازه فیما إذا کان تعیین مالیة المتاع بالعدد دون الوزن أو الکیل بل بیعه بأحدهما لا یخرج البیع عن الجزاف و المشاهدة و ما قیل من کفایة الوزن فی بیع المعدود أو تعینه فی السلم لا یمکن المساعدة علیه الا إذا أرید ما یکون تعیین المالیة فیه بالعدد و بالکیل أو بالوزن ایضا و اللّه سبحانه هو العالم.

(۲) و حاصله أنه قد ذکر ان المعیار فی کون متاع مکیلا أو موزونا عصر النبی (ص) فکل متاع کان فی عصره مکیلا فاللازم بیعه کیلا فی جمیع البلاد و جمیع الأعصار و کذلک ما کان و فی عصره موزونا فاللازم أن یباع وزنا کما ذکر حتی فیما جرت العادة علی بیعه بالعد و المشاهدة حیث ان البیع علی العادة المتأخّرة محکوم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۴

....

بالبطلان نعم لو لم یکن شیء فی زمانه (ص) مبیعا بالکیل أو الوزن و لو بعدم وجود ذلک الشیء فی ذلک العصر فالمتبع فیه عادة البلدان فأن کان فی بلد مکیلا فیباع فی ذلک البلد بالکیل و فی الأخر موزونا فیباع فی ذلک الأخر بالوزن و قد نسب ذلک فی مجمع

البرهان و الحدائق إلى إجماع الأصحاب و اتفاقهم.

و قد أورد على ذلك فى الجواهر بان ما فى كلمات الأصحاب من أن ما كان يباع كيلا فى عصره (ص) يباع كيلا فى جميع البلدان و ما كان يباع وزنا يباع فى جميع البلدان بالوزن راجع الى جريان الربا فى معاوضة الشيء بجنسه لا إلى مسألة اعتبار التعيين فى العوضين فى البيع و بتعبير آخر كل متاع كان يباع فى عصره كيلا، فلا يجوز مبادلته بجنسه بالزيادة أو النقيصة حتى ما إذا صار ذلك المتاع فى العصور التالية من المعدود أو يباع بالمشاهدة و كذلك ما إذا كان فى عصره (ص) موزونا و اما أنه يعتبر فى بيع الأول، الكيل حتى فى العصور التالية و فى بيع الثانى الوزن مع خروجهما الى المعدود فلا دلالة فى كلماتهم على ذلك فضلا عن ان يكون إجماعا بل المعيار فى اعتبار الكيل أو الوزن أو العدد فى بيع شيء عادة كل بلد فى كل عصر و دخول الربا فى المعاوضة مسألة و اعتبار الكيل أو الوزن فى بيع الشيء مسألة أخرى فلا يكون الإجماع فى الأولى إجماعا فى الثانية.

و ناقش المصنف فى كلام صاحب الجواهر بان ما ذكروه معيارا فى كون شيء مكيلا أو موزونا فى باب الربا فهو معيار لاعتبار الكيل أو الوزن فى بيع الشيء فى جميع البلاد و جميع العصور.

و استشهد لذلك بوجوه ثلاثة- الأول ملاحظة كلام الشيخ (ره) فى المبسوط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌٣، ص: ٢٠٥

....

حيث ذكر فيه انه لو كانت العادة فى عصره (ص) الكيل فى بيع شيء لم يجز بيعه الا كيلا فى سائر البلاد و ما كان فى عصره (ص) بيعه وزنا لم يجز بيعه الا وزنا فى سائر البلاد و الأصل فى بيع شيء كيلا الكيل عند أهل المدينة و فى بيعه وزنا الوزن عند أهل مكة هذا كله بلا خلاف.

و اما إذا لم تعرف العادة فى عصره (ص) فالمتبع فى بيع ذلك الشيء عادة كل بلد الثانى أن الموضوع فى المسئلتين أى مسئلة جريان الربا فى المعاوضة و مسئلة اعتبار العوضين بالكيل أو الوزن أمر واحد و هو كون الشيء ما يكال أو بوزن و إذا ذكر تحديد الموضوع فى المسئلة الاولى يكون ذلك تحديدا للموضوع فى المسألة الثانية أيضا الثالث القياس الاستثنائى و هو أن الربا إذا جرى فى معاوضة شيء بجنسه يعتبر الكيل أو الوزن فى بيعه فى جميع الأعصار و البلدان على ما هو ظاهر كلماتهم و لكن الربا يجرى فيما كان موزونا أو مكيلا- فى زمان الشارع (ص) فتكون النتيجة أنه إذا كان شيء فى زمانه (ص) مكيلا أو موزونا فيعتبر الكيل أو الوزن فى بيعه فى جميع البلدان و العصور حتى إذا صار بعد ذلك عادة البلدان على خلاف ذلك و انتفاء الغرر فيه بالعد أو بالمشاهدة فإن انتفاء الغرر كما تقدم حكمة لا أنه علة فى اعتبار المبيع و تعيين مقداره.

و يترتب على ما ذكر انه لو ثبت بيع شيء فى عصر النبى (ص) بالمشاهدة ثم جرت العادة فى العصور التالية بيعه بالوزن أو الكيل فلا يعتبر فى بيعه الوزن أو الكيل مع ان ذلك خلاف ظاهر الروايات مثل قوله (ع) ما من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفة فإن ظاهرها وضع المكيال فى بيعه فى عصر الامام (ع) أو فى عادة عرف السائل أو المتبايعين و أجاب (ره) عن ذلك بأنه يمكن أن يكون هذا التعبير و نظيره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌٣، ص: ٢٠٦

....

باعتبار أنه لم يتغير الأشياء فى زمانه (ع) عما كانت عليه فى زمان النبى (ص) و لكن يبقى فى البين أنه مع إرجاع الاخبار الى اعتبار الكيل أو الوزن فى الأشياء التى كانت تباع فى زمانهم بالكيل أو الوزن فلا وجه للالتزام بأنه إذا لم يحرز فى شيء ذلك يكون المتبع

فیه العرف العام فعلا.

و مع عدم العرف العام و اختلافه فالمتبع فی کل بلد عادة عرفه فان الأخبار المشار إلیها لا تکون ظاهرة فی رعایة هذه الأمور خصوصا بنحو الترتب علی ما نطقت به کلماتهم.

و قد تصدی (ره) للجواب عن ذلک کله بحمل الاخبار المشار إلیها علی لزوم رعایة العادة المعروف بین المتبایعین فی کل عصر فان ظاهر تلک الاخبار بیان جعل الحکم بمفاد القضیة الحقیقیة غایة الأمر یؤخذ فی الأحکام الثابتة علی خلاف ذلک بالإجماع بأن یقال لو کان شیء فی عرف المتبایعین یباع بالمشاهدة و لکن أحرز أنه کان فی عصر النبی (ص) مکیلا أو موزونا لا یجوز فیه الربا و لا یجوز بیعه الا بالکیل أو الوزن فی جمیع البلاد و جمیع العصور.

أقول اما دعوی الإجماع علی ان العبرة فی حرمة الربا و لزوم تعیین العوضین بالکیل أو الوزن کون طبیعی الشیء فی عصر النبی (ص) مکیلا- أو موزونا بحیث لو خرج عن کونه مکیلا أو موزونا بعد ذلک فیحرم ایضا الربا فیه بل یعتبر الکیل أو الوزن فی بیعه إلی الأبد فهذا خارج عن الاخبار الواردة فی البابین فان ظاهرها اعتبار الکیل أو الوزن و حرمة الربا فی بیع الشیء و المعاوضة علیه ما دام کونه معنونا بعنوان المکیل أو الموزون کما هو الظاهر الاولی فی کل حکم جعل بعنوان القضیة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۷

[إخبار البائع بمقدار المبیع]

ثم ان الظاهر اعتبار کون الخبر طریقا (۱)

الحقیقة و حمل الاخبار علی القضیة الخارجیة أو علی القضیة الحقیقیة بمعنی ان کون طبیعی معنونا بعنوان المکیل و الموزون فی زمان صدور الاخبار یوجب حرمة الربا فیه و اعتبار الکیل و الوزن فی بیعه إلی الأبد خلاف الظاهر الاولی فی الحکم المجعول بنحو القضیة الحقیقیة و ما ذکر من ان العبرة فی الحکم بزمان النبی (ص) لا- یحرز عمومه لاعتبار العوضین و لا یثبت الإجماع فی البابین بمجرد کلام الشیخ فی المبسوط و العلامة فی التذکرة مع ان الإجماع فی باب حرمة الربا فی المعاوضة أیضا مخدوش لعدم إحراز أصل الاتفاق و عدم إحراز کونه إجماعا تعبدیا لاحتمال أنهم أفتوا بما ذکر لزعمهم ان ما ذکر مقتضی بقاء حلال محمد (ص) علی حلاله و حرامه علی حرمته الی یوم القیمة و أن حکمی علی واحد حکمی علی الجماعة فتدبر.

(۱) اعتبار خبر البائع فی صورة کونه مفیدا للاطمئنان و الوثوق أو کون المخبر ثقة لا اشکال فیه و فی صحیحة محمد بن حمران قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) اشترینا طعاما فزعم ان صاحبه أنه کاله فصدقناه و أخذناه بکیله فقال لا بأس فقلت أ یجوز أن أبیعه کما اشتریته بغیر کیل قال لا- اما أنت فلا- تبعه حتی تکیله و اما إذا لم یکن خبر البائع کذلک فهل یکفی أخباره فی جواز الشراء فقد أشکل المصنف (ره) و ذکر أن الأقوی اعتبار الظن بناء علی أن اعتبار تقدیر المبیع بالکیل أو الوزن و العد لا یدور مدار الغرر الشخصی فیکفی الاخبار المزبور فیما إذا کان البیع مبینا علی المقدار المخبر به لارتفاع الغرر بالاشتراط.

أقول لو کان الملاک اعتبار رفع الغرر فلا حاجة الی الاخبار ایضا بل لو کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۸

و علی تقدیر الحکم فیه بالصحة فلو تبین (۱)

البیع بشرط کونه کذا مقدارا صح و لو لم یخبر البائع بذلک المقدار بأن قال أنی لا اعلم وزنه و لکن أبیعه علی أن یکون کذا مقدار أو یرتفع الخطر باشتراط الخیار للطرفین من غیر تعیین للمقدار ایضا و صحة البیع کذلک یشکل الالتزام بها لقوله (ع) و اما أنت فلا

تبعه حتی تکیله فإنه لو لم یجز البیع استنادا الی اخبار البائع الأول فکیف یجوز مع اشتراط الخیار کما لا یخرج عن المجازفة بمجرد اشتراط المقدار.

و الحاصل انما یجوز الشراء بإخبار البائع فیما إذا خرج البیع بالاعتماد علیه عن البیع بالمجازفة و خروجه به عنها یحصل بأمرین کون اخباره موجبا للوثوق و الاطمئنان و کون الشراء مبنیا علی المقدار المخبر به و النهی عن البیع قبل الکیل محمول علی صورة وقوع البیع بدون الاخبار المزبور و غیر مبنی علی المقدار المعین و مما ذکرنا یظهر الفرق بین أوصاف المبیع و بین کیله و وزنه فان المعتبر فیه خروج البیع عن الغرر و فی الثانی إحراز کیله أو وزنه کما هو مفاد الاخبار و علی ذلک فیکفی فی الأوصاف اشتراطها و لا یکفی فی الکیل و الوزن إلا إحراز هما بوجه معتبر کما تقدم.

(۱) أقول قد تقدم انحلال البیع بالإضافة الی الاجزاء الخارجیة فیما إذا کان بیعه من قبیل بیع المتعدد و علیه فظهور النقص یکون من قبیل عدم بعض المبیعات و لازمه رجوع ما یقابله من الثمن إلی المشتری و فی صورة ظهور الزیادة یبقی الزائد علی ملکه و لا یکون ذلک موجبا لبطلان البیع رأسا کما فی صورة اختلاف الموجود خارجا مع عنوان المبیع عرفا کما إذا باع فرسا فبان حمارا و لا یکون من قبیل تخلف الوصف الموجب للخیار بین إبقاء البیع بحاله أو فسخه نعم یجری فیما نحن فیه مع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۹

[بیع بعض من جملة متساویة الأجزاء]

بیع بعض من جملة متساویة الأجزاء (۱)

التخلف بالزیادة و النقیصة خیار فسخ البیع لتبعض الصفقة کما لا یخفی.

(۱) المراد بالبعض ما یقابل تمام المجموع فیعم البعض جمیع الأقسام الآتیة کما أن المراد بمتساویة الاجزاء کون الجملة مشتملة علی أبعاض یساوی بعضها مع بعضها الأخر فی العنوان کصاع من صبرة فیمکن أن یرید بقوله بعت صاعا من هذه الصبرة الحصة التی یکون کیلها صاعا و بقوله بعت ذراعا من هذا الکرباس الحصة التی تکون مساحتها ذراعا و بقوله عبدا من العبدین نصف کل منهما و لا ینبغی التأمل فی صحة بیع البعض من الجملة کذلک و کون المشتری شریکا مع البائع بالحصة المقدرة بعنوان الصاع و نحوه أخذا بأدلة حل البیع و وجوب الوفاء بالعقود و لکن اختار فی التذکرة فی بیع عبد من عبدین أو شاة من الشاتین البطلان فیما إذا کان المراد بالعبد أو الشاة الحصة المشاعة و حیث أنه لا یمکن للعلامة أن یلتزم بعدم جواز تملیک الحصة من العبدین أو الشاتین للآخر مجانا أو بالعوض فلا بد من ان یکون حکمه بالبطلان فی الفرضین باعتبار عدم ظهور عبد من عبدین أو شاة من شاتین فی الإشاعة و یعتبر فی صحة البیع ظهور الکلام فی المراد بالإضافة إلی العوضین ایضا.

و بتعبیر آخر لا یظهر من لفظ عبد نصف عبدین و من الشاة نصف الشاتین بنحو الإشاعة و لکن لا یخفی ما فیه أولا بأن المعتبر فی إنشاء البیع ظهور الکلام فی التملیک بالعوض، و اما کون العوضین أی شیء فالمعتبر فیه علم المتعاقدین به و تعیینهما سواء کان للکلام ظهور فیه أم لا لان مع العلم المزبور یخرج البیع عن کونه غرریا کما تقدم فی اعتبار العلم بوزن المبیع أو کیله و المفروض فی المقام علم الطرفین بالمراد.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۰

....

و ثانیا لو کان ظهور الکلام معتبرا فی صحة البیع لما یصح البیع مع إرادة الإشاعة حتی فی قوله بعت صاعا من هذه الصبرة لما سیأتی

من عدم ظهوره فی الإشاعة.

و مما ذکرنا یظهر ما فی کلام النائینی (ره) فی الإیراد علی التذکرة من أن مقام الإثبات لا دخل له فی مورد البحث و انما الکلام فی مقام الثبوت و وجه الظهور ان ظاهر کلام التذکرة البطلان فیما إذا أراد بقوله بعت عبدا من عبدین أو شاة من شاتین الحصة المشاعة و هذا الحکم صحیح لو قلنا باعتبار ظهور الکلام فی تعیین العوضین زائدا علی ظهوره فی تملیک العین بعوض و لیس مراد العلامة ان یبیع الحصة من العبدین غیر جائز و الا کما تقدم تملیک الغیر الحصة منهما بالعوض أو مجانا من الواضحات.

ثم انه قد أشار النائینی (ره) فی المقام الی المسئلة المعروفة من کون القسمة و تعیین حصة کل من الشرکاء بیعا أو انها إفراز و بنی ذلک علی الاختلاف فی ان مادة الجسم المطلق تنتهی الی اجزاء لا تقبل شیء منها القسمة خارجا و لا ذهنا و یسمی بالجزء الذی لا یتجزی أو أنه لا ینتهی الی ذلک و کل ما یکون به الجسم قابل للقسمة الی غیر النهایة کما هو المذهب المعروف أو أن الاجزاء الی غیر النهایة بالفعل و أن الجسم مؤلف منها کما هو مذهب النظام و علی القول بالجزء الذی لا یتجزی یکون القسمة بیعا حیث ان الجزء المزبور لا تقبل الإشاعة فیکون ملکا لأحد الشریکین و بالقسمة یقع المعاوضة بین تلک الاجزاء بخلاف الالتزام بأن الجسم لا ینتهی إلی الجزء کذلک و ان کل جزء مفروض فیه مشترک و یفرز حصة کل من الشرکاء فی فرد من تلک الحصة.

و بتعبیر آخر المملوک لکل من الشرکاء حصة من السهم و تلک الحصة فی نفسها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۱

....

کلی یقبل الانطباق علی غیر المعین من المجموع و علی المعین منه و بالقسمة یفرز و یعین فی المعین أقول فی المقام أمران أحدهما ابتناء القول بکون القسمة بیعا لیجری علیه أحکامه من ثبوت خیار المجلس مطلقا و خیار الحیوان فیما إذا کان المال المشترک حیوانا و غیر ذلک من الأحکام أو کونها افرازا و تعیین الحصة فیلزم بحصولها و لا یجری علیه أحکام البیع حتی علی الاختلاف فی مادة الجسم و أنها تنتهی إلی الجزء الذی لا یقبل القسمة خارجا و لا ذهنا.

و الثانی فی ان المملوک لکل من الشرکاء فی نفسه کلی یقبل الانطباق علی المعین و غیره و بالقسمة یتعین.

اما الأمر الأول فالظاهر أن الاختلاف مادة الجسم و أنها تنتهی إلی الجزء الذی لا یتجزی أم لا؟ و علی الثانی تکون القسمة فیها الی غیر النهایة فعلیة أم بالقوة لا یرتبط بمسئلة کون القسمة بیعا أو افرازا حیث ان الجزء الذی لا یتجری و کذا الاجزاء غیر المتناهیة لا تعتبر ملکا أو ما لا بدون فعلیة الشیء و حصوله بصورة. و مع حصوله کذلک یقبل القسمة و یکون مورد الإشاعة کما أن الاشتراک بالإشاعة یجری فی الأعمال و المنافع و فی بعض الحقوق ایضا مع ان شیئا منها لا یرتبط بالجسم و انتهائه الی الاجزاء و عدمه.

و اما کون المملوک لکل من الشرکاء کلیا فلان السهم کالنصف فی نفسه کلی ینطبق علی کل نصف خارجی علی البدل و علی ما یفرض من الشیء بعد الافراز و کل ما فی الخارج و ان کان متعینا فی نفسه الا ان السهم المملوک لأحد الشریکین لا یتعین فی الخارج الا بالاعتبار المعبر عنه بالقسمة فلا تکون القسمة بیعا لیجری علیها أحکام البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۲

....

و لا معاوضة لیجری علیها مثل ربا المعاوضة کما إذا کانت فی الخارج صبرتان إحداهما حنطة و الأخری شعیر و کانت الشعیر ضعیف الحنطة کیلا و الحنطة ضعف الشعیر قیمة فیجوز لأحد الشریکین فی مقام القسمة اختیار صبرة الشعیر مع القراضی من غیر لزوم ربا المعاوضة حیث ان حقیقة القسمة اعتبار تعین السهم ای النصف الکلی فی المعین غایة الأمر یکون اعتبار التعین فی موارد القسمة

الافرازيه بحسب الماليـة و اجزاء العين و فى موارد قسـمة التعـديل بحسب القيمـة و لـذا لا يجبر بعض الشـركاء على قسـمة التعديل مع إمكان القسمة الافرازيه بل يكون الافراز مقدما على التعديل بحسب المرتبة.

لا يقال إذا كان السـهم من الشـركاء كليا فى موارد الشـركة بنحو الإشاعة فما الفرق بينه و بين الكلى فى المعين و ايضا لو كان السـهم كليا فلا واقع معين لـذلك الكلى قبل القسـمة فكيف يرجع فى تعيين ذلك السـهم فى المعين الخارجى إلى القرعـة و يعين بها على ما هو ظاهر كلماتهم مع ان القرعـة لا مورد لها إلا إذا كان الواقع فيه مجهولا و لذا التزم صاحب الجواهر بان المملوك لكل من الشـركاء سهم معين فى علم اللّه و لو باعتبار علمه سبحانه بما يخرج بالقرعة مردد بين مصاديق الى ان يخرج عن الترديد.

فإنه يقال كل من السـهم فى الإشاعـة و الكلى فى المعين و ان كان كليا فى نفسه الا ان الثانى يتعين بحسب الخارج بالاعتبار مع تعـدد الافراد و بالانحصار مع عـدمه بخلاف الأول فإنه ينطبق على الكسور الخارجية من الجملة و اجزائها و لا يتعين فى شـىء إلا بالاعتبار و القسمة كما تقدم.

و بتعبير آخر فيمـا إذا كان الشـىء الخارجى واحـدا كالشاة الواحـدة فلا مورد فيها للكلى فى المعين و يمكن تحقق الإشاعـة فيها و إذا كان ما فى الخارج متعددا بحيث يمكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۱۳

و لا بين العلم بعدد صيعان الصبرة (۱)

إخراج الكلى منه فكما يمكن فيه بيع الكلى فى المعين كـذلك يمكن بيع بعض منه بنحو الإشاعـة غايـة الأمر الكلى فى المعين ينطبق على بعض يكون له وجود مسـتقل بخلاف البعض بنحو الإشاعـة فـإنه ينطبق على الكسور و لكن يصـلح تطـبيقه على البعض الـذى له وجود مسـتقل و يعبر عن هـذا التطبيق بالقسـمة و مـا فى الجواهر من فرض تعيين السـهم فى الواقع بحسب علم اللّه قبل القرعـة لا دليل عليه بل مخالف لما يعتبره العقلاء فى موارد الإشاعة نعم يمكن دعوى اسـتفادة التعيين بالقرعة فى مقام تنازع الشركاء فى مقام القسمة و عـدم رضاهم بها بـدون القرعة من بعض الروايات و فى صـحيحة أبى بصـير ليس من قوم تقارعوا ثم فرضوا أمرهم الى اللّه الا خرج سهم المحق.

لاـ يقـال المملوك فى مورد الإشاعـة هى العين الخارجيـة و كيف يصـير الملـك لأحـدهما السـهم الكلى مثلاـ إذا ورث اثنـان البـيت الخـارجى تـدخل نفس مـا فى الخـارج فى ملك الوارثين و الا تبقى الخارج فى ملك الميت أو تصـير بلا مالك فإنه يقال نعم تكون البيت الخارجى ملكا لهما و يكون الكلى المنطبق على الكسور الخارجية من البيت ايضا موردا لاعتبار الملكية حيث لهذا الاعتبار اثر و بما ان الكلى لا وجود له سوى ما فى الخارج فلا يعتبر الكلى ملكا و الموجود الخارجى ملكا آخر و ان شـئت فلاحظ موارد بيع الكلى فى المعين فـان مـا هو ملـك للبـائع هو الخـارج و إذا بـاع منها صاعا بنحو الكلى فى المعين يكون ذلك الكلى أيضا ملكا لا انه ملك آخر حيث ان اعتبار الملكية فى ناحية الكلى باعتبار وجوده و ليس للكلى وجود آخر غير ما فى الخارج فتدبر.

(۱) و ذلك فان الجهل بصيعان الصبرة لا يوجب جهالة فى مقدار المبيع بعد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۱۴

و يؤيده انه حكم فى التذكرة (۱) و ان قصدا معينا من عين (۲) و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية (۳)

تحديد الكسر المشاع المبيع بالصاع من تلك الصبرة.

(۱) و وجه التأييـد انه لو كـانت الجهالـة موجبـة لبطلاـن البيع دون الإبهام لكان على العلامـة الحكم بالصـحة فى الصورة الأولى أيضـا فحكمه بالبطلاـن فيهـا و بالصـحة فى الصورة الثانيـة أى فيمـا إذا تلف أحـد العبـدين المتساويين من غير علم بعين التالف ظاهر فى ان

الإبهام فی المبیع فی نفسه موجب لبطلان البیع و لذا یحکم بالصحة مع ارتفاعه کما فی الصورة الثانیة.

(۲) المراد بالمعین من عین مقابل الکلی فی المعین ای الفرد الخارجی المنتشر و المردد سواء کان التردد بحسب صورة العقد فقط أو المردد الواقعی کما یشهد بذلک تعلیل حکمه بالبطلان بالغرر و کونه من بیع المعدوم حیث ان الغرر یجری فی المردد بحسب صورة العقد و المعدوم فی المردد الواقعی و لو کان مراده المردد بحسب صورة العقد فقط لاختصر بالتعلیل بالغرر.

(۳) یعنی ان الغرر الشرعی تحققه لا یلازم تحقق الغرر العرفی کما فی بیع الفرد المنتشر کبیع أحد العبدین المتساویین فی القیمة کما ان الغرر العرفی لا یلازم الغرر الشرعی فیتحقق الأول دون الثانی فی بیع العبد الآبق مع الضمیمة و إذا کان لا یدری ان المبیع حنطة أو أرز و فرض تساویهما فی القیمة السوقیة تکون الجهالة بالماهیة موجبة للغرر شرعا مع عدمه عرفا لتساویهما فی خصوصیة القیمة المنظورة فی البیع عند العرف و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۵

....

مما ذکرنا یظهر ان النسبة بین الغررین عموم من وجه فلا- بد من ان یکون مراده بان دائرة الغرر فی الشرع أضیق کثرة موارد تحقق الغرر شرعا بالإضافة إلی موارد الغرر العرفی.

أقول ان أرید ببیع الفرد المنتشر ما هو مفاد جاء رجل من أقصی المدینة فبطلان البیع فی مثل بیع صاع من الصیعان المتفرقة مبنی علی اعتبار رفع الإبهام عن العوضین فی عقد البیع و ان أرید بیع المردد الواقعی فالبیع محکوم بالبطلان باعتبار عدم الوجود للمردد فکل ما فی الخارج معین و ان أرید مفاد قوله جئنی برجل من هؤلاء الرجال فمرجعه الی بیع الکلی فی المعین المحکوم بالصحة کما یأتی غایة الأمر اختیار تطبیق الکلی علی الفرد الخارجی یکون بید البائع و إذا اقترن إنشاء العقد بما یکون قرینة علی ان التطبیق بید المشتری فیتبع کما إذا قال بعتک صاعا صاع ای شئت من هذه العصیان.

و الحاصل مقتضی إطلاق خطاب حل البیع و أوفوا بالعقود صحة البیع کما ذکر و لزومه و الإجماع المدعی علی کون الإبهام مبطلا لا یجری فی المقام کما یأتی فی بیع الکلی فی المعین کما لا یعم الفرض خطاب النهی عن بیع الغرر.

و ربما یستدل علی جواز بیع الفرد المنتشر بمعتبره محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال سئلته عن رجل اشتری من رجل عبدا و کان عنده عبدان فقال للمشتری اذهب فاختر أیهما شئت و رد الأخر و قد قبض المال و ذهب بهما المشتری فأبق أحدهما من عنده الی ان قال فان وجده اختار أیهما شاء و رد الأخر و ان لم یوجد کان العبد بینهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع.

و لکن لا یخفی ان ظاهر الروایة هو بیع الکلی فی المعین و لا وجه لحمله علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۶

....

بیع الکسر المشاع ای نصف کل من العبدین و ما ورد فی ذیلها من الإشاعة باعتباران کل من البائع و المشتری یملک الکلی فی المعین الموجود بید المشتری و قد تلف أحدهما و بقی الأخر و حیث لم تعین شیء منهما فی عبد معین یحسب التالف علیهما و و یکون الباقی لهما و ما یأتی من انه لو تلف الجملة و بقی منها فرد واحد یکون ذلک للمشتری الذی یملک الکلی فی المعین انما هو فی التلف قبل القبض لا فی تلف الجملة بعد قبضها من المشتری کما هو ظاهر الروایة.

و ما عن بعض الأجلة من ان التلف فی مثل ذلک ای فیما یقبض الکلی فی ضمن جملة بحسب علی المالک فقط لانه یملک الجملة الخارجیة لا یمکن المساعدة علیه فان ملک المالک لا یبقی علی تمام الجملة بعد البیع علی ما تقدم.

و ایضا قد قیل بتعلق البیع بالفرد المنتشر بما ورد فی الوصیة بعتق البعض من الجملة بدعوی عدم الفرق بین البیع و الوصیة من هذه الجهة و فی صحیحة محمد بن مسلم قال سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل یکون له المملوکون فیوصی بعتق ثلثهم فقال کان علی (ع) یسهم بینهم و فی روایة محمد بن مروان عن موسی بن جعفر (ع) عن أبیه ان أبا جعفر مات و ترک ستین مملوکا فأعتق ثلثهم فأقرعت بینهم و أعتقت الثلث و ظاهرهما الوصیة بعتق ثلث العبید و یحتمل الثانی بالنحو المشاع و لکن لا دلالة لهما علی الفرد المنتشر الذی ذکرنا ان مرجعه إلی الکلی فی المعین بل ظاهرها نحو المشاع کما هو ظاهر الألفاظ الموضوعة علی الکسر و القرعة فی المقام لتعیین السهم الذی یعتق عملا بالوصیة أو لتعیین ما أعتقه المولی حال حیاته نظیر تعیین الوقف بالنحو المشاع بالقسمة و یمکن ان یحمل علی الکلی فی المعین نظیر ما فی صحیحة حبیل بن دراج عن ابی عبد اللّه (ع) فی رجل تزوج خمسا فی عقدة قال یخلی سبیل أیتهن شاء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۷

فرع علی المشهور (۱)

و یمسک الباقی بأن یقال النکاح المحکوم بالبطلان هو الواحد بنحو الکلی المشاع و الممضی هو الأربع کما ذکر، و یمکن ان یکون المراد بالإمساک بعقد جدید کما لا یخفی.

(۱) المفروض فی التفریع علی بطلان بیع الفرد المنتشر هو تردد المبیع بین الإشاعة و الفرد المنتشر و فرض عدم وقوعه علی الکلی فی المعین فان تسالما ایضا علی عدم وقوعه بنحو الإشاعة یکون ذلک تسالما علی بطلان البیع و ان لم یکن هذا التسالم بان ادعی المشتری وقوعه علی البعض بالنحو المشاع فی قصدهما حال العقد و أنکر البائع ذلک و ادعی قصدهما أو قصده الفرد المنتشر فقد یقال بان مقتضی أصالة الصحة الجاریة فی البیع وقوعه علی البعض بنحو الإشاعة و أضاف فی التذکرة الی ذلک بان الصحة مقتضی أصالة عدم التعیین.

و ذکر المصنف (ره) بما حاصله ان الحمل علی الإشاعة بأصالة الصحة لا بأس به و لکن فیما إذا تسالما علی صورة العقد الظاهرة فی وقوعه علی الفرد المنتشر کقوله بعت عبدا من هذه العبید فیحکم بفساد البیع لعدم جریان أصالة الصحة مع أصالة الظهور فان الظهور امارة علی المقصود فلا یجری معها الأصل العملی بل علی تقدیر کون أصالة الصحة أمارة فلا دلیل علی اعتبارها فی مقابل أصالة الظهور کسائر الأمارات التی تکون اعتبار بعضها فی طول بعضها الأخری.

و اما أصالة عدم التعیین فإن أرید بها أصالة عدم وقوع العقد علی الفرد المنتشر فهی معارضة بأصالة عدم وقوعه علی البعض بنحو الإشاعة و ان أرید غیر ذلک فلا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۸

و فیه نظر (۱) لأنه حینئذ أمر کلی (۲)

نتعقلها.

أقول کلام العلامة أیضا فی الحکم بالصحة ناظر الی عدم تسالمهما علی صورة العقد الظاهرة فی الفرد المنتشر بقرینة حکمه بالفساد مع ظهور العقد فی غیر الإشاعة حتی مع قصدها کما تقدم.

ثم انه قد یورد علی التمسک بأصالة الصحة بأنه لا تعین للمبیع کما إذا تردد وقوع البیع علی الشاة أو الخنزیر بان ادعی المشتری وقوعه علی الخنزیر و البائع وقوعه علی الشاة نظیر عدم إمکان الحکم فی الکلام المردد بین الشتم و السلام انه سلام بأصالة الصحة لیجب رده و فیه ان الدلیل علی أصالة الصحة هی السیرة العملیة الثابتة و موردها ما إذا أحرز عنوان المعاملة و أرکانها و شک فی سائر شرائطها و المبیع فی باب البیع رکن و مع عدم إحراز وقوع البیع علی الشاة لا مجری لها و اما إذا أحرز وقوعه علی الشاة و شک فی

فساده و صحته كما إذا ادعى المشترى جهله بحال الشاة حال البيع و أنكره البائع فيحكم بصحته و ما نحن فيه من هذا لقبيل حيث يعلم ان متعلق البيع بعض من الجملة و يحتمل وقوعه عليه بوجه صحيح و اما أصالة الصحة فى الكلام المردد فهى أجنبية عن المقام فان مفادها عدم صدور الحرام عن الفاعل بحيث يكون ذلك منه فسقا و لا يرتبط بأصالة الصحة الجارية فى المعاملة كما لا يخفى.

(۱) و ذلك فان الموجب لانعقاد الظهور أو للعلم للمراد منه القرينة العامة أو الخاصة و أصالة الصحة لا تحسب قرينة أو موجبة للعلم بالمراد بل هى أصل عملى لا مجرى له مع الامارة و هى أصالة ظهور العقد كما تقدم.

(۲) يعنى وجه الحكم بالصحة فيما لو باع ربعا قبل القسمة بحمله على الإشاعة هو كون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۱۹

فان قلت المبيع فى الاولى (۱) و الثانى بأنه معهود فى الوصية (۲) و يمكن دفع الأول (۳)

الربع المزبور كليا لا جزئيا خارجيا مبهما ليحكم بفساده.

(۱) الاشكال هو ان المبيع فى الأولى أى فى صورة جريان البيع على الفرد المنتشر أيضا كلى فلا موجب للحكم بفساده و أجاب عن ذلك بالفرق و ان المبيع فى صورة جريانه على الفرد المنتشر جزئى خارجى مبهم بحسب صورة العقد فيشبه المبيع الكلى أقول قد تقدم ان المبيع إذا كان مفاد قوله جئنى برجل لا يمكن ان يكون جزئيا خارجيا بل هو أمر كلى لا محالة فلا نعيد و على ما ذكر يحكم بصحة البيع فى جميع الفروض المتقدمة فيما إذا لم يكن فى البين جهة أخرى موجبة للبطلان كما فى بيع الكلى من جملة تكون اجزائها مختلفة.

(۲) يعنى ان ملكية الكلى فى المعين ثابت فى مورد الوصية التمليكية و كذا فى جعل المهر فكيف لا تكون معهودة و لو قيل بأنها غير معهودة فى البيع الذى لا يكون متعلقة كليا فى المعين قلنا بان كل قسم من الملكية غير معهود فى قسمها الأخرى فإنه إذا كان متعلق البيع كليا بنحو الإشاعة أو الفرد المعين فلا يمكن ملكية الكلى فى المعين فيهما كما لا يتحقق الملكية بنحو الإشاعة أو ملكية الفرد المعين فى مورد بيع الكلى فى المعين.

(۳) أقول لم يعلم كون الوضع مقتضاه الفرد المنتشر فأن التنوين الداخلة على الصاع لو سلم ظهورها فى الوحدة الا ان تقييد الطبيعى بالوحدة باعتبار الوجود

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۲۰

أحدها كون التخيير فى تعيينه بيد البائع (۱)

لا يستلزم كون مدلوله فردا خاصا ليكون جزئيا خارجيا و بتعبير آخر مقتضى الوضع كالمعنى العرفى هو الكلى فى المعين و الشاهد لكون المعنى العرفى كذلك انهم يرون اختيار التطبيق بيد البائع خصوصا فيما إذا كان الصيعان مجتمعة كما هو فرض الصبرة و دعوى ان المعنى العرفى هى الإشاعة أى الحصة المقدرة بالصاع لا يمكن المساعدة عليها لأن الصاع ليس موضوعا للسهام و الحصص و اما الصحيحة فظاهرها ايضا كون المبيع كليا فى المعين و لا حاجة فى حملها عليه إلى القرينة الخارجية أى الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر مع ملاحظة أن حساب التلف بتمامه على البائع مقتضاه عدم الإشاعة.

(۱) المعروف ان مقتضى كون المبيع كليا فى المعين كون التخيير فى تعيين الكلى فى فرد بخصوصه بيد البائع لأن المشترى لا يستحق المطالبة بخصوصية ذلك الفرد فما عن المحقق القمى من ان اختيار التعيين بيد المشترى لا وجه له و ايضا المعروف ان مقتضى كون المبيع كليا فى المعين انحصار ذلك الكلى فى الفرد الباقى من الجملة فى صورة تلفها حيث ان التلف يحسب على البائع فقط لكونه قبل القبض و باعتبار بقاء فرد من الكلى لا يبطل البيع فيجب دفعه إلى المشترى بخلاف التلف فيما إذا كان المبيع بنحو الإشاعة فإن

مقتضـی الإشاعة کون کل جزء من الجملة مشترکا بین البائع و المشتری فبتلف البعض یتلف بعض المبیع و ان کان هذا التلف یحسب علی البائع لکونه قبل القبض فتکون النتیجة بطلان البیع فی بعضه و بقائه فی البعض.

و لکن ذکر المحقق الإیروانی (ره) بما حاصـله عـدم الفرق فی الحکمین المتقـدمین بین کون المبیع بنحو الإشاعـة أو بنحو الکلی فی المعین و ان کل ما یذکر فیما إذا کان المبیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۱

....

من الجملـة بنحو الإشاعـة یترتب علی البیع فیمـا إذا کان المبیع کلیا فی المعین فیکون اختیار المبیع بالتراضـی و تلف بعض من الجملة یوجب بطلان البیع فی بعض المبیع لانه لو کان المبیع کلیا فی المعین یکون الباقی علی ملک البائع أیضا کلیا فی المعین و حیث أنه لا امتیـاز بین المـالین تکون الجملـة الموجودة خارجـا مشترکا بینهما بمقـدار الکلیین و لو عمل بالصـحیحة الواردة فی احتراق القصب و تعدی منها فیتعدی الی موارد کون المبیع بعضا بنحو الإشاعة أیضا و الا لاقتصر الی موردها و هو بیع القصب.

أقول الشـرکة الواقعیـة غیر الشـرکة الصوریـة و الاختلاط الموجب للشـرکة الواقعیـة هو اختلاط المالین الشخصـیین الـذین لکل منهما مسالـک و لاـ یکون بینهمـا میز بعـد الاختلاـط کـامتزاج الخلین أو الحنطتین و أمـا إذا کان المال الخارجی لمالکین بحیث یکون کل منهمـا مالکـا منه الکلی فی المعین کمـا هو الفرض فی المقـام فلاـ دلیـل علی حصول الشـرکة بالحصـص فی ذلک المال بل اختلاف نحوی اعتبار المبیع فی بیع البعض من الجملة عند العرف دلیل علی خلافه و لو کانت الشـرکة الواقعیة حاصـلة بکل من بیع الحصة من الجملة و بین بیع الکلی منها علی حد سواء فی الأثر لما کان لاعتبار الاختلاف وجه.

نعم إذا کـان المبیع بنحو الکلی فی المعین و قـد قبضه فی ضـمن قبض الجملـة کما هو الفرض فلا یمکن ان یحسب تلف البعض علی أحد المالکین بخصوصه فإنه ترجیح بلا مرجح بخلاف ما إذا کان هذا التلف قبل القبض فإنه بما ان المبیع فی ضمان البائع و یقع تلفه فی ما له فلا یکون حساب التلف علیه ترجیحا بلا مرجح و لا یکون قبل القبض الشرکة الصوریة بخلاف صورة التلف بعد القبض فإنه یعبر عن حساب التلف علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۲

إذا بقی صاع واحد کان للأول (۱) نعم لو لم یکن إقباض البائع علی وجه الإیفاء (۲) الفرق بین مسئلة الاستثناء و مسئلة الزکاة (۳)

البـائع و المشتری معـا بالشـرکة الصوریـة و ممـا ذکرنـا یظهر الوجه فی کون اختیار التعیین بیـد البائع فیما لم یشترط فی البیع کونه بید المشتری لأن ما یملک المشتری هو الکلی و علی البائع تسلیمه الی المشتری.

(۱) لمـا تقـدم من ان البائع بعـد بیع الأول یملک من الجملـة الکلی فی المعین کالمشتری و البیع الثانی واقع علی مال البائع و حیث ان التالف تمام الکلی الـذی کان للبائع قبل وقوع البیع الثانی فلا موجب لشـمول ما ورد فی التلف قبل القبض للکلی فی المعین الذی بیع أولا و هذا بخلاف ما إذا کان کل من البیعین أو خصوص الأول بنحو الإشاعة فإنه یحکم بفساده بنسبة التالف کما لا یخفی.

(۲) أقول الظاهر عـدم تصور ذلک فإنه إذا کان الکلی فی المعین من الجملـة ملکا للمشتری یکون دفع الجملة الیه دفعا للمبیع و إذا لم یکن تمـام الجملـة ملکا للبائع کما هو الفرض فکیف یکون تمامها امانـة بیـد المشتری حیث لا یعقل ان یکون ما للمشتری من الجملة أمانـة بیـده للبائع نعم یتصور ذلک فی الکلی علی العهدة باعتبار کون المال المدفوع إلی المشتری بعنوان الامانة ملکا بتمامه للبائع فلا ینطبق الوفاء علی المدفوع و لو بنحو الإجمال کما هو مقتضی کون أداء الدین عنوانا قصدیا کما لا یخفی.

(۳) قیـل فی الفرق بین مسألـة اسـتثناء الأرطـال و مسألـة الزکاة و نحوها مما یحمل الکلی فیه علی الإشاعـة و بین بیع الکلی فی المعین

الذی تقدم تعین الباقی بکونه مبیعا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۳

و فیه مع ما عرفت (۱)

بتلف بعض الجملة وجوب القبض فی الثانی و کونه دخیلا فی لزوم البیع فمع وجود فرد من المبیع یجب دفعه الی المشتری و أجاب المصنف (ره) بان وجوب القبض حاصل فی مسألتی استثناء الأرطال و الزکاة أیضا حیث یجب فی الأول دفع الأرطال إلی البائع و فی الثانی إلی أرباب الزکاة مع ان وجوب دفع الباقی فی بیع الکلی فرع عدم الإشاعة و إثبات عدم الإشاعة بوجوب دفع الباقی تکون مصادرة و اما مسئلة لزوم البیع بالقبض فلا دخل له فی الفرق أصلا.

ثم ذکر (ره) الفرق المذکور فی مفتاح الکرامة و هو کون ضمان المبیع فی بیع الکلی فی المعین علی البائع فیجب دفع الباقی الی المشتری بخلاف مسئلة الأرطال فإن الأرطال المستثناة امانة للبائع بید المشتری حیث ان البائع قد اقبض الکل فیکون الکل بید المشتری فیدخل النقص علی المالین أی حصة البائع و حصة المشتری.

(۱) و حاصل ما ذکره فی رد مفتاح الکرامة هو انه لو باع الکلی فی المعین و تلف بعض الجملة قبل القبض یکون وجوب دفع الباقی الی المشتری متفرعا علی عدم الإشاعة و لو لم یکن فی هذا لفرض إشاعة فما الموجب لها فی مسئلة استثناء الأرطال مع ان البائع یملک فیها الکلی فی المعین و یکون تمام الجملة بید المشتری و کون التلف فیها بعد إقباض البائع یوجب عدم کون البائع ضامنا لتلف مال المشتری و یبقی الإشکال فی انه لم یکون تلف بعض الجملة فی مسئلة الاستثناء بنحو الإشاعة مع ان ما للبائع بید المشتری من قبیل الکلی فی المعین و لم لا یحسب التلف علی المشتری فقط لان ما یستحقه البائع لا یتعین فی جزء معین الا بعد اقباض مالک الکل یعنی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۴

....

المشتری.

و ان أرید انه بعد ما باع الثمرة مع استثناء الأرطال یکون ما بیده مشترکا بینه و بین المشتری و إذا دفع الکل إلی المشتری فقد دفع المال المشترک فیقال الموجب لهذا الاشتراک فی بیع الکلی فی المعین ایضا موجود فیحسب فیه ایضا التلف علی المبیع و علی الباقی علی ملک البائع هذا مع انه لم یظهر التزام القوم بالإشاعة فی مسألة الاستثناء حتی بعد دفع الکل إلی المشتری فإنهم لم یذکروا عدم جواز تصرف المشتری فی الثمرة بلا استیذان من البائع.

و ذکر بعضهم انه لو فرط المشتری و تلف بعض الثمرة بإفراطه یجب أداء المستثنی إلی البائع من الباقی و لو کان فی البین إشاعة لم یصح القول بالأداء من الباقی کما لا یخفی.

أقول قد تقدم عدم الإشاعة فی المسألتین و ان حساب التلف علی کل من المشتری و البائع فی مسألة الاستثناء باعتبار عدم الترجیح فی الضمان حیث ان کلا منهما یملک الکلی فی المعین بخلاف مسألة بیع الصاع من الصبرة فإن تلف بعض الجملة فیها قبل القبض و کون ضمان المبیع علی البائع مقتضاه خروج البائع من ضمان المبیع بدفع الکلی من الباقی و مما ذکرنا یظهر وجه عدم جریان أحکام الإشاعة فی مسئلة الاستثناء و انه یجوز للمشتری التصرف فی الثمرة بلا استیذان من البائع و انه لو تلف الثمرة بإفراطه لا ینقص عما یستحقه البائع شیء و یجب علیه الدفع من الباقی.

و اما ما ذکره المصنف (ره) فی وجه حساب التلف فی مسألة الاستثناء علی

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۲۵

[مسألتى بيع صاع من صبرة و استثناء الأرطال]

و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه (۱)

المشترى و البائع معا من دعوى ان المتبادر من الاستثناء تمام المستثنى على تقدير سلامة تمام المبيع للمشترى و إذا تلف بعضه سقط من الأرطال بحسابه بان تكون نتيجة ذلك هى الإشاعة بالإضافة إلى التالف و لا- يجرى أحكام الإشاعة على الباقى فلا- يمكن المساعدة عليه فان لازم ذلك جهالة مقدار المبيع فإنه على تقدير بقاء المبيع مقدار و على تقدير تلف بعضه مقدار آخر كما لا يخفى.

ثم ذكر (ره) فى مقام الفرق إنه على تقدير الالتزام بالإشاعة فى مسألة الاستثناء من أول الأمر ان المستثنى منه المبيع فيها كالمستثنى كلى معين و لا ترجيح فى حساب التلف على خصوص المستثنى منه بخلاف مسئلة بيع الصاع من الصبرة فإن مال البائع فيها لا يكون بعنوان الكلى فى المعين بخلاف ما تملكه المشترى فلا- وجه لحساب التلف عليهما لا يقال يكون ملك البائع بعد بيع الصاع كليا لا محالة فإنه يقال نعم و لكن ملك الباقى ليس بعنوان تملك الكلى فى المعين ليوجب تخصيص التلف على ملك الباقى دون ما تملكه المشترى ترجيحا بلا مرجح.

أقول التملك بالعنوان و عدمه لا يكون فارقا و الا فالمستثنى فى مسئلة الاستثناء ايضا ليس مملوكا للبائع بعنوان الكلى فى المعين حيث ان ملك البائع كان ثابتا لجميع المال من الأول فيكون بيعه المال باستثناء الأرطال تمليكا للكلى فى المعين من المشترى فتكون بعد البيع الباقى فى ملكه كليا فى المعين لا محالة فتدبر جيدا.

(۱) لا- يخفى أنه إذا كان مقدار الصبرة معلوما و بيع جميعها كل قفيز منها بكذا فلا بد من الحكم بصحته لعدم اعتبار جمع مقدار الثمن بالذكر فى العقد و هذا هو القسم الرابع فى كلام الروضة و المحكوم بالفساد فى كلام الروضة و غيرها عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۲۶

....

بيع جميعها بل إيكال اختيار مقدار المبيع إلى المشترى بأن يقول بعتك من الصبرة ما أردت كل صاع منها بكذا و هذا هو القسم الخامس فى كلام الروضة و وجه الحكم بالبطلان هو عدم تعيين مقدار المبيع فى عقد البيع نظير ما يقال فى قوله آجرتك الدار كل شهر بكذا.

و لكن لا يبعد ان يقال بتمام البيع بالإضافة إلى قفيز واحد نظير ما ذكرنا من صحة الإجارة فى الشهر الأول بل يمكن ان يقال ان قول البائع بعت من الصبرة كل قفيز بكذا بمنزلة الايجابات المتعددة كما قال بعت قفيزا منها بكذا و قفيزا آخر بذلك السعر و قفيزا ثالثا كذلك و هكذا و إذا ذكر المشترى فى قبوله ما يعين به مقدار المبيع كما إذا قال اشتريت قفيزين كما هو المتعارف فى البيوع المتعارفة فى زماننا الحاضر فيتم البيع بالإضافة الى ذلك المقدار لعدم الجهالة فى مقدار المبيع عند تمام البيع و لا يستفاد من الأدلة المقدمة إلا بطلان البيع الغررى أو تمام البيع من غير تعيين الكيل أو الوزن أو العدد فيه.

و لو لم يذكر المشترى فى قبوله ما يعين ذلك فالحكم بالبطلان مبنى على أن يكون المنتهى عنه فى الاخبار المتقدمة بيع الشىء من غير تعيين مقدار المبيع كيلا أو وزنا أو عددا و أما إذا قيل بان مدلولها بيع الشىء جزافا فلا يحكم ببطلانه فى الفرض حيث لا جزاف فى ناحية المبيع أو فى ناحية الثمن و بهذا يظهر أنه لا يختلف فى الحكم بالصحة أو الفساد بين كون الصبرة معلومة من حيث المقدار أم لا و ما ذكر المصنف (ره) فى وجه الصحة فيما إذا كانت الصبرة مجهولة المقدار من كون المبيع معلوم بالمشاهدة فلا بد من ان

یکون مراده العلم بأوصافه لا کیله أو وزنه و مع الإیجاب المفروض لا یکون فی البین جزاف لا فی ناحیة المبیع و لا فی ناحیة الثمن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۲۷

و لا یخلو عن قوة (۱) و لو کان من جهة استصحاب الاشتمال (۲)

---

(۱) ای لا یخلو الحکم بالصحة عن قوة و لیس الوجه هو تدارک الضرر المحتمل بالخیار علی تقدیر عدم اشتمال الصبرة حیث ان ارتفاع الغرر بالخیار لا یفید فی صحة البیع لان الخیار حکم یترتب علی البیع الصحیح و لو لم یتعلق دلیل الإمضاء للبیع المنشأ فلا یعمه خطاب الخیار بل الوجه فی الحکم بالصحة عدم الغرر فی البیع المزبور.

لا- یقال الجهل بوجود المبیع من أعظم الغرر فإنه یقال الثمن المزبور لم یقع فی مقابل الموجود مطلقا و لو علی تقدیر عدم الاشتمال بل البیع الجاری علی المقدار المزبور انحلالی و إذا قال بعت الکر من هذا الصبرة بکذا فهو بمنزلة قوله بعت نصف الکر ینصف الثمن و إذا ظهر عدم اشتمال الصبرة إلا لنصف الکر یستکشف بطلان البیع فی نصفه و یثبت خیار التبعض للمشتری.

أقول ما ذکره من ان ثبوت الخیار لا ینفع فی ارتفاع الغرر صحیح بالإضافة إلی الخیارات الشرعیة فإن خطاباتها تثبت الخیار فی البیع الممضی و اما الخیارات المشروطة الإمضائیة فلا بأس بارتفاع الغرر بها و خیار تبعض الصفقة منها و تفصیل الکلام موکول الی بحث الخیارات.

(۲) لا یخفی ان استصحاب الاشتمال لا یفید فی نفی الغرر عن البیع لان الغرر لیس مطلق الجهل بل الجهل الخاص و هو ما فیه خطر و ضرر و استصحاب الاشتمال لا ینفیه نظیر ما یقال من ان فوت الفریضة عدم خاص و استصحاب عدم الإتیان بالصلاة فی وقتها لا یثبته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۲۸

إذا شاهد عینا فی زمان سابق (۱)

---

(۱) و حاصل ما ذکره (ره) فی مقام من أنه إذا بیعت العین المرئیة سابقا فأن علم تغیر أوصافها السابقة إلی غیرها عادة فیعتبر فی بیعها ذکر الأوصاف الفعلیة فتصیر ذکرها اشتراطا رافعا للغرر و إذا لم یعلم من العادة التغیر أو عدمه فیجوز بیعها اعتمادا علی أصالة عدم تغیرها و لو فرض فی مورد عدم جواز الاعتماد علی الاستصحاب للاطمئنان بتغیر أوصافها فیجوز بیعها باشتراط أوصافها السابقة لأن العین المرئیة سابقا لا تزید عن العین الغائبة التی لم ترها المشتری و یشتریها باشتراط أوصافها الفعلیة.

ثم أنه إذا اشتری العین بالرؤیة السابقة فانکشف التغیر ثبت الخیار للمشتری فیما إذا تغیرت بالنقیصة و للبائع فیما إذا تغیرت بالزیادة حیث ان لزوم البیع فی الفرض ضرری علی المشتری أو علی البائع فیثبت الخیار لأحدهما بانتفاء اللزوم.

أقول قد تقدم ان استصحاب بقاء العین بحالها لا یفید فی انتفاء الغرر لان الغرر هو الجهل الخاص و هو ما فیه خطر غایة الأمر ان مع الاستصحاب ینتفی مطلق الجهل لا الجهل الخاص و علی ما ذکر فلو احتمل التغیر و عدمه فی العین المرئیة سابقا یکون بیعها باشتراط بقائها علی تلک الأوصاف محکوما بالصحة لانتفاء الغرر فی بیعها بالاشتراط المزبور و مع بیعها کیف اتفقت یحکم ببطلان بیعها و لا یفید الاستصحاب فی انتفاء الغرر شیئا و لا یخفی ان شراء العین بالرؤیة السابقة الذی مرجعه الی اشتراط الأوصاف السابقة مقتضاه ثبوت الخیار مع التخلف حیث لا- معنی لاشتراط الأوصاف فی بیع العین الخارجیة إلا ثبوت الخیار مع عدمها و لیس ثبوته مقتضی قاعدة نفی الضرر لما نذکر فی بحث الخیارات من أنه لو جرت قاعدة نفیه فی بیع کان مقتضاها بطلانه لأن لأن منشأ الغرر و الحکم الضرری صحته لا لزومه و لیس مفاد القاعدة تدارک الضرر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۲۹

[بيع العين بالرؤية السابقة]

اشارة

و یضعفه ان الأوصاف الخارجة عن حقیقة المبیع (۱) لو اختلفا فی التغیر (۲)

لیکون مقتضاها نفی لزومه.

و الحاصل بیع العین المرئیة سابقا باشتراط بقائها علی أوصافها لا یکون غرریا و البیع المزبور مع تخلف الأوصاف و ان یکون ضرریا الا ان صحته لا تنتفی بالقاعدة حیث ان نفی صحته مع اشتراط الخیار مناف للامتنان و مقتضی القاعدة نفی حکم یکون فی نفیه امتنانا.

(۱) و حاصله أن الوصف المذکور للمبیع ان کان مقوما للمبیع فبانکشاف الخلاف یحکم ببطلان البیع حتی فیما إذا أتی الوصف بصورة الاشتراط کما إذا قال بعتک هذا المال علی أنه أرز فبان حنطة و الوجه فی البطلان ان انکشاف فقد الوصف فی الفرض یساوی عدم وجود المبیع خارجا بخلاف ما إذا کان الوصف فی بنائهم خارجا عن حقیقة المبیع بحیث لا یکون مقوما له فأن انکشاف الخلاف فی هذه الصورة یوجب الخیار لان الوصف مرجعه الی اشتراط الخیار علی ما یأتی فی بحث الخیارات.

(۲) و حاصله انه لو بیعت العین بالرؤیة السابقة و ادعی المشتری تغیرها بالنقیصة فله الخیار فی فسخ العقد و ادعی البائع کونها علی ما کانت فالبیع لازم قیل بتقدیم قول المشتری بوجوه ثلاثة- الأول الأصل عدم جواز انتزاع الثمن من یده و برأیه عهدته من الثمن حیث لا ینتزع الثمن من یده و لا یثبت عهدته به الا بالبینة أو إقراره.

الثانی الأصل عدم علم المشتری بالوصف الموجود فعلا فی العین الخارجیة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۰

....

و دعوی البائع علمه بالوصف المزبور یحتاج إلی الإثبات بالبینة أو إقرار المشتری.

الثالث الأصل عدم وصول حق المشتری الی یده عن البائع لیستحق علیه المطالبة بالثمن.

و ذکر المصنف (ره) فی رد الوجه الأول ان الثمن بید المشتری ملک للبائع بإقرار المشتری بوقوع البیع الناقل فالثمن بیده امانة للغیر فیجب رده علیه بمطالبته غایة الأمر ان المشتری یدعی سلطنته علی تملکه بفسخ البیع فعلیه إثبات تلک السلطنة، اللهم الا أن یقال الأصل عدم وجوب رد الثمن علی البائع بناء علی ما ذکروا من أنه لا یجب علی ذی الخیار زمان خیاره رد ما بیده من مال الغیر و لو مع تسلمه العوض الأخر من صاحبه و لکن لا یخفی أنه لو جری أصالة لزوم البیع و عدم ثبوت الخیار یکون حاکما علی الأصل المزبور لان موضوع لجواز الإمساک الخیار المنفی بأصالة اللزوم.

و فی رد الوجه الثانی مع أن أصالة عدم علم المشتری بالوصف الموجود فعلا معارض بأصالة عدم علمه بوصف آخر مفقود لیثبت له الخیار ان الشک فی علم المشتری بالوصف الموجود أو المفقود مسبب عن الشک فی تغیر العین عما کانت علیه و الأصل عدم تغیرها.

و فی الوجه الثالث بان حق المشتری من نفس العین قد وصل الیه و لذا یکون له إبقاء البیع و عدم فسخه و ثبوت حق آخر له الموجب للخیار غیر محرز و الأصل لزوم البیع و لذا حکم بعض فی المقام بتقدیم قول البائع.

أقول لا یخفی ان دعوی البائع علم المشتری بالوصف الموجود و جریان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۱

[الاختلاف فی تغیر العین المرئیة سابقا]

و يمكن بناء المسألة (۱)

البيع على العين بالوصف المزبور لا يكون احتمال صدقها مسببا عن الشك فى التغير و عدمه ليكون استصحاب بقاء العين بحالها رافعا للاحتمال المزبور مع ان استصحاب بقاء العين بحالها لا- مجرى له لاتفاقها على الوصف الموجود فعلا- و الشك فى انه كان هذا الوصف فى السابق أيضا أم لا فيرجع أصالة عدم التغير الى الاستصحاب القهقرى و لا دليل على اعتباره.

و الحاصل لا مجال فى المقام لأصالة عدم التغير و لا تصل النوبة ايضا الى أصالة عدم علم المشترى بالوصف الموجود مع قطع النظر عن معارضة بأصالة عدم علمه بوصف آخر مفقود لان علم المشترى بالوصف الموجود أو بغيره بنفسه لا يكون حكما و لا موضوعا للخيار على ما يأتى.

(۱) و حاصله ان الموضوع للخيار بحسب جعل المتعاقدين هو أخذ الوصف فى العين المبيعة و كأن الخيار حكم لهذا الأخذ فيقع الكلام فى ان أخذ الوصف فيها هل بمعنى اشتراطه فى العقد نظير سائر الشرائط فى انه التزام زائد على أصل البيع و يرتبط بالبيع بكون البيع ظرفا له مثلا- أو ان أخذ الوصف عبارة عن كونه مأخوذا فى متعلق البيع بمعنى جريان البيع على العين المقيدة فليس فى البين الا التزام واحد و هو التزام بالبيع غاية الأمر ان جريانه على العين المقيدة يشترك مع البيع المشروط فيه التزام آخر فى ضمنه فى كون كل منهما موجبا للخيار على تقدير التخلف و لو قيل بالوجه الأول فمقتضى الأصل العملى عدم تحقق التزام أخر غير الالتزام البيعى فيكون قول البائع موافقا للأصل فيحلف على عدم التغير و اما إذا قيل بكون الوصف مأخوذا فى المبيع بمعنى جريان البيع على العين المقيدة فالأصل عدم وقوع العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۲

....

على ما ينطبق على العين بالوصف الموجود فيكون البيع جائزا أى يثبت الخيار للمشترى.

لا يقال الأصل عدم جريان البيع على العين بالوصف المفقود فإنه يقال هذا الأصل لا يفيد و لا يثبت جريان العقد على العين بالوصف الموجود ليترتب لزوم البيع الا بنحو الأصل المثبت.

و الحاصل ما دام لم يثبت جريان البيع على العين بما ينطبق على الوصف الموجود لا يكون دفع العين بالوصف الموجود وفاء للعقد ليجب على المشترى دفع ثمنه و البيع المفروض فى المقام نظير الماء المخلوق دفعة فيما إذا شك فى كونه كرا فإن أصالة عدم كون الماء المزبور كرا بمفاد كان الناقصة ليست له حالة سابقة و أصالة عدم الماء الكر بمفاد كان التامة و ان كان لها حالة سابقة الا أنه لا تفيد فى إثبات مفاد كان الناقصة بمعنى ان الماء المفروض ليس بكر.

أقول الظاهر وقوع الوهم فى كلامه (ره) بين الوصف المأخوذ فى المبيع بنحو الكلى و بين الوصف الملحوظ فى المبيع الذى يكون عينا خارجية فإن الوصف فى العين الخارجية لا يمكن ان يكون مقيدا للعين و المفروض ان الوصف فى المقام ليس امرا مقوما و معنى ذلك جريان البيع على العين كان له الوصف السابق أم لا و إذا فرض جريان البيع عليها كذلك فلا معنى للحاظ الوصف السابق الا جعل الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف و إذا جرى البيع على عين خارجية بالرؤية القديمة يكون اختلاف المتبايعين فى التغير و عدمه راجعا الى دعوى المشترى جعل الخيار له على تقدير فقد الوصف و هو مفقود و ينكر البائع هذا الجعل و الأصل مع البائع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۳

و لذا لا يجوز إلغائها (۱)

و هذا بخلاف الوصف المأخوذ فی المبیع بنحو الکلی فإن أخذ وصف فیه عبارة عن تقیید متعلق البیع و تضیق دائرته و لو ادعی البائع تقییده بوصف و المشتری تقییده بوصف مضاد یکون المورد من موارد التداعی و التحالف و إذا ادعی البائع جریانه علی المطلق و المشتری جریانه علی المقید ففی مثل ذلک الأصل عدم جریانه علی المطلق فان تسلیم ما ینطبق علیه عنوان المقید وفاء للبیع باتفاقهما و ما یدعیه البائع من کون تسلیم الفاقد ایضا وفاء ینکره المشتری و أصالة عدم جریان البیع علی المطلق جاریة من غیر ان تعارضها أصالة عدم جریانه علی المقید حیث ان أصالة عدم جریانه علی المقید لا اثر لها لان دفع المقید وفاء للبیع باتفاقهما و إثبات جریانه علی المطلق بها من الأصل المثبت کما لا یخفی.

(۱) أقول الوصف الذی لا یجوز إلغائه هو المأخوذ فی المبیع بنحو الکلی و وجه عدم الجواز وقوع البیع علی المقید و إنشاء البیع علی المطلق یحتاج الی بیع جدید بعد اقالة الأول و اما فیما إذا کان المبیع عینا خارجیة کما هو الفرض فی المقام فالغاء الوصف عبارة عن إسقاط الخیار المترتب علی تخلفه و هذا الإلغاء صحیح نظیر إسقاط خیار العیب المترتب علی اشتراط عدم النقص فی المبیع بلا فرق بینهما أصلا.

و ما ذکر (ره) من ان الوصف قید ملحوظ فی المعقود علیه کالجزء کأنه یرید کما ان الجزء یؤخذ فی متعلق البیع کذلک وصف المبیع مأخوذ فیه و لکن لا یخفی ان أخذ الوصف و لحاظه فی المتعلق صحیح و لکن لحاظه فیه یکون بالتزام آخر غیر الالتزام البیعی و هذا فیما إذا کان المبیع عینا خارجیة و لم یکن الوصف مقوما کما هو الفرض فی المقام بخلاف لحاظ الجزء فإنه یکون أخذه فی متعلق البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۴

و مما ذکرنا یظهر الحال (۱)

بنفس الالتزام البیعی و لذا لو تخلف الجزء و انکشف عدمه یکون البیع بالإضافة إلیه باطلا من الأول فتدبر جیدا.

(۱) قد یتمسک فی تقدیم قول البائع فی فرض اختلافه مع المشتری فی تغیر المبیع بالعمومات الدالة علی عدم جواز استقلال الغیر فی تملک مال أحد و تلک العمومات یعم الثمن فی مفروض الکلام حیث انه ملک للبائع فلا یجوز للمشتری تملکه بزعم ثبوت الخیار کقوله سبحانه لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ فان فسخ المشتری لا تکون تجارة عن تراض و وضع یده علی الثمن مع عدم ثبوت الخیار له أکل له بالباطل و کذلک قوله (ع) لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه فان مقتضاه عدم جواز تملک الثمن بلا رضا البائع و قوله (ع) الناس مسلطون علی أموالهم فإن مقتضاه ولایة التصرف فی المال تثبت للمالک دون غیره و کان هذه العمومات حاکمة علی الأصول العملیة المتقدمة القاضیة بعدم لزوم البیع علی المشتری کما فی سائر الدلیل الاجتهادی فی مقابل الأصل العلمی.

و حاصل ما ذکره (ره) فی الجواب عن العمومات هو ان العمومات المزبورة مخصصة فی المال الذی لم یدفع عوضه فی المعاملة إلی المشتری و إذا شک فی وصول العوض المزبور فالأصل عدمه و بهذا یدخل الثمن المفروض فی المستثنی المحکوم بجواز أکله و حله و سلطنة غیر المالک علیه و ما تقدم من أن الأصل عدم وصول حق المشتری إلیه یراد به ما ذکر و یرجع إلیه أصالة عدم التزام المشتری بتملک ما یدعی تغیره لیجب علیه الوفاء بما التزم.

لا یقال لم یعلم ان الخارج من تلک العمومات معنون بالعنوان المزبور لیکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۵

نعم ما فی المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء ید المشتری (۱)

مقتضی الأصل إخراج الفرد المشکوک عن عموم المستثنی منه و دخوله فی المستثنی بل نقول الخارج منها المال الذی وقعت المعاملة بینه و بین ما لا- ینطبق علی المدفوع و الأصل عدم وقوع المعاملة علی ما لا ینطبق و بذلک یثبت بقاء الثمن المفروض فی المستثنی منه فإنه یقال أصالة عدم وقوع المعاملة علی ما لا ینطبق علی الموجود خارجا لا یثبت وقوعها علی ما ینطبق و کون أداء العین أداء لما وقع علیه العقد و وفاء له و هذا الانطباق و الدفع موضوع لزوم العقد و عدمهما موضوع الخیار.

(۱) و لعل مراده أصالة بقاء ید المشتری علی الثمن الراجعة إلی استصحاب بقاء أولویته علیه فإنه قبل البیع کان اولی به و الآن کذلک و یتمسک بها عند الشک فی لزوم العقد و جوازه و لو بالشبهة الحکمیة کما إذا شک فی کون المعاطاة لازمة أو جائزة و کأن مقتضی الأصل عند هؤلاء عدم لزوم العقد فی کل مورد بخلاف الوجهین السابقین فإنهما یجتمعان مع الالتزام بأصالة لزوم العقد المستفاد من العمومات المتقدمة و یخرج مورد الاختلاف فی تغیر المبیع عن تلک العمومات بالوجهین المزبورین باعتبار إدخالهما المفروض فی المقام فی عنوان المخصص کما تقدم.

و بتعبیر آخر یختص الوجهان بمثل المفروض فی المقام بخلاف أصالة بقاء ید المشتری علی الثمن فإنها تجری فی عقد شک فی جوازه و لزومه و لو بالشبهة الحکمیة و لکن لا تصل النوبة إلیها مع العمومات المتقدمة.

أقول لا تجری الأصل المزبور فی نفسه فإن الأولویة المزبورة ان کانت بمعنی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۶

و اما دعوی ورود أصالة عدم التغیر (۱)

الملک فقد ارتفعت بالبیع قطعا و ان کانت بمعنی آخر فلیست لها حالة سابقة کما لا یخفی.

(۱) قد أجاب (ره) عما قیل من حکومة أصالة عدم التغیر علی الأصول المقتضیة لجواز البیع فی مفروض الکلام بوجهین.

الأول ان أصالة عدم التغیر لا- تجری فیما إذا اتفقا علی کون الحیوان سمینا قبل المشاهدة و اختلفا فی التغیر حین المشاهدة فادعی البائع حصوله حین المشاهدة فلا خیار للمشتری و قال المشتری حصوله بعدها فله الخیار فإنه لا یجری فی الفرض أصالة عدم التغیر بل الجاری أصالة تأخر التغیر عن زمان المشاهدة المقتضیة لتقدیم قول المشتری.

الثانی ان أصالة عدم التغیر الراجع الی عدم کون المبیع حین المشاهدة سمینا لا- یثبت جریان البیع علی الحیوان المهزول الا- بنحو الأصل المثبت و بتعبیر آخر أصالة عدم کون الحیوان حین المشاهدة سمینا کأصالة عدم جریان البیع علی الحیوان السمین لا یفید فی إثبات موضوع لزوم العقد و هو جریان البیع علی الحیوان المهزول.

أقول لا یخفی ان مقتضی العمومات المتقدمة بضمیمة أصالة عدم اشتراط السمن فی الحیوان المبیع یثبت بقاء الثمن فی مدلول تلک العمومات حیث ان الخارج عنها موارد ثبوت الخیار بالأصالة أو الاشتراط و لا یکون فی مفروض الکلام خیار بالأصالة و مقتضی الأصل عدم اشتراطه.

و اما الأصول العملیة المتقدمة فلا مجال لشیء منها فیما إذا کان المبیع عینا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۷

الثانی لو اتفقا علی التغیر بعد المشاهدة (۱)

خارجیة لجریان البیع علی تلک العین علی کل تقدیر و کونها عوضا عن الثمن کذلک و اشتراط وصف مفقود مدفوع بالأصل کما مر و بهذا یظهر الحال فیما إذا اختلفا فی العین الخارجیة فادعی البائع تغیرها بالزیادة فله الخیار و قال المشتری لا زیادة فیها فأن مقتضی أصالة عدم الاشتراط عدم الخیار للبائع کما لا یخفی.

(۱) تعلق البيع فى الفرض بـالعين الخارجيـة بوصف خـاص متفق عليه بين المتبايعين و اختلافهما فى التغير الى زمان البيع ليكون التغير المزبور موجبا للخيار للمشترى أو حصوله بعد البيع بوجه لا يكون له خيار.

و ذكر (ره) الموضوع للزوم العقـد وصول العين بـذلك الوصف إلى المشترى بأن ينتقل اليه بذلك الوصف عند البيع و مع الشك فى هذا الوصول و الانتقال يكون مقتضـى الأصل عدمه فينتفى موضوع لزوم العقد و استصـحاب بقاء السمن الى حال البيع لا يثبت وصول السـمين إلى المشترى لأن الوصول ليس أثرا شـرعيا لبقاء السـمن كما ان استصـحاب عدم جريان البيع الى زمان فقد ذلك الوصف لا ينفى الوصول المزبور لعدم كونه أثرا شرعيا أيضا.

أقول قـد تقدم ان تعلق البيع بالعين الموجودهٔ فعلا متفق عليه كما ان اشتراط الوصف الموجود زمان المشاهدهٔ أيضا متفق عليه بينهما و معنى اشتراطه أنه لو لم يكن فى البين ذلك الوصف زمان البيع لكان للمشترى خيار الفسـخ و استصـحاب بقاء الوصف الى زمان البيع ينفى تحقيـق مـا علـق عليه الخيـار فلاـ خيـار للمشـترى و هـذا ليس من الأصـل المثبت فى شـىء لمـا تقـدم من ان موضوع الخيـار فى الخيارات الجعلية للمتعاقدين يؤخذ على وفق جعل المتعاقدين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۸

و لو وجد المبيع تالفا (۱)

و اما استصـحاب عـدم وصول حق المشترى الى المشترى فان أريـد به عدم انتقال العين الموجود فعلا فهو متفق عليه بين المتعاقدين و ان العين على كل تقدير تعلق بها البيع و الا لكان فقد الوصف و انكشاف التغير موجبا لبطلان البيع كما فى تخلف الأوصاف المقومهٔ.

و ان أريـد عدم الوصف المشـروط زمان العقد فالمفروض ان استصـحاب بقاء الوصف جار بلا معارض و بهذا يظهر الحال فيما ادعى البائع حصول التغير الى زمان البيع بالزيادهٔ فله خيار الفسـخ و قال المشترى بحصول الزيادهٔ بعـد البيع فلا خيار للبائع و أنه يقـدم مدعى اللزوم فان استصـحاب بقاء الوصف المشاهـد الى زمان البيع ينفى تحقق ما عليه خيار البائع على ما تقدم و لا يعارضه أصالهٔ عدم وقوع البيع الى زمان حصول الزيادهٔ فإنها لا تثبت وقوعه فى زمان حصولها كما لا يخفى.

(۱) و لعل فرض كفايـهٔ التخليهٔ فى القبض لتصوير فرض الاختلاف فى تقدم البيع على التلف و تأخره عنه بحيث يكون تأخره عن البيع موجبا لـذهابه على المشترى و لكن لو قلنا بعـدم كفايتها فيمكن أيضا فرض الاختلاف كما إذا كان المبيع قبل البيع امانـهٔ بيد المشترى فبـاعه البـائع منه ثم ظهر تلفه و اختلفـا فى تقـدمه على البيع و تـأخره عنه و على كـل تقـدير فالأظهر تقـديم قول المشترى و على البائع إثبات وقوع البيع قبل التلف أخذا بأصالهٔ بقاء الثمن على ملك المشترى.

و دعوى انه لا مجال للاستصـحاب المزبور لأن أصالهٔ الصـحهٔ الجاريهٔ فى البيع حاكمهٔ عليه لا يمكن المساعدهٔ عليه لأن أصالهٔ الصـحهٔ الجاريهٔ فى المعاملات تجرى فيما إذا أحرز تحقق المعاملهٔ و شك فى تحقق ما يعتبر فى إمضائها و اما إذا لم يحرز تحققها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۹

[بيع المجهول مع الضميمهٔ]

اشارهٔ

لا فرق فى عدم جواز البيع المجهول (۱)

بـان شـك فى حصول المقوم لهـا أو فى ولايـهٔ المنشـأ لهـا فلاـ مورد لهـا و لا دليل على اعتبارها فى احرازهما و من الظاهر ان تمليك المعـدوم لاـ بلحاظ وجوده و لا بلحاظ تمليك بـدله من المثل أو القيمـهٔ أمر غير معتبر عنـد العقلاء لأن البيع عنـدهم تمليك الموجود

بعوض.

و بتعبیر آخر إنما تجری أصالة الصحة بعد الفراغ عن أصل وجود المعاملة و نظیر دعوی أصالة الصحة فی المقام ما تقدم عن بعض فیما إذا باع الراهن الرهن باذن المرتهن و رجع المرتهن عن اذنه و شک فی تقدم البیع علی الرجوع لیکون الرجوع لغوا لعدم المورد له أو تقدم الرجوع علی البیع لیکون له مورد من إجراء أصالة الصحة فی الرجوع و لکن کما تقدم انه لا ـ مجال لأصالة الصحة فی الرجوع مع عدم إحراز المورد له، لا سیما لو قیل بأصالة الصحة فی البیع المقتضیة لانتهاء الرهن کما لا یخفی.

(۱) و حاصله انه إذا کان بیع شیء لکونه مجهولا محکوما بالبطلان فلا یخرج ذلک البیع إلی الصحة بضم معلوم الیه و بیعهما معا لان ضم معلوم الیه لا ـ یخرج بیعه عن کونه غرریا بل یکون البیع بالإضافة إلی المجموع محکوما بالبطلان باعتبار کون البیع بالإضافة إلی المجموع غرریا أو مجهولا ـ لان ما یکون بیعه محکوما بالبطلان باعتبار جهالته لا یراد به جهالة کل جزء منه الا تری انه إذا بیع قطیع غنم لا یعلم عدده و لا وصفه بمقدار من الثمن و لم یعلم و لم یشاهد المتعاقدان من القطیع الا واحدا أو اثنین یکون البیع بالإضافة إلی القطیع غرریا و لا ینفع مشاهدة الواحد أو الاثنین و کذلک إذا اشتری مزرعة شاهد بعضها و لم یعلم أو یوصف الباقی یکون البیع المزبور محکوما بالبطلان و علی ذلک فلا یفید فی بیع الصبرة المجهولة مقدارها ضم مقدار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۰

....

معلوم إلیها أو فی بیع السمک فی الأجمة المجهول عددا أو وصفا ضم القصب الکافی فی بیعه المشاهدة.

و ربما یقال ان بیع المجهول انما یحکم ببطلانه فیما کان المجهول مقصودا بالبیع استقلالا أو کان المقصود بالبیع منضما الی المعلوم بحیث یکون متعلق البیع و المقصود تملکه هو المرکب من المجهول و الضمیمة و اما إذا کان المجهول یعد تابعا للمبیع کأساس الجدار فلا تکون جهالته موجبة لبطلان البیع.

و هذا علی ما ذکر المصنف (ره) لیس تفصیلا لان المانعین عن بیع المجهول و لو بالضمیمة یرادون بیعه استقلالا أو منضما و اما إذا کان بحیث یعد تابعا فلا یضر حیث لا یخلو بیع الشیء کالدار و الثوب و نحوهما عن مثل هذه الجهالة.

هذا کله خلافا للشیخ و ابن حمزة و الإسکافی و القاضی بل المنسوب الی المشهور کما فی مفتاح الکرامة صحة بیع المجهول مع الضمیمة و استدلوا علی ذلک بعدة من الروایات.

منها مرسلة البزنطی من ابی عبد اللّه (ع) قال إذا کانت أجمة لیس فیها قصب أخرج شیئا من سمک فیباع و ما فی الأجمة و ذکر المصنف (ره) ان وجود (سهل) فی سندها کارسالها سهل لا ـ یضر باعتبارها و لعل نظره (ره) الی ما یقال فی توثیق سهل من کثرة روایاته التی تصدی لنقلها أرباب الحدیث کالکلینی و الصدوق و الشیخ قدس سرهم و قد یبلغ ما رووا عنه ما بین الألفین و الألفین و خمسمائة حدیث و قد ورد عن المعصومین علیهم السلام اعرفوا منازل الرجال بقدر روایاتهم عنا و من کونه شیخ الإجازة و من ان الشیخ (قده) و ثقة فی رجاله.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۱

....

و لکن لا یخفی ما فی الوجوه فإن کثرة الروایة بمجردها لا تقتضی وثاقة الراوی حتی مع تصدی أرباب الحدیث لنقلها لأن غایة ما یمکن ان یقال فی حق أرباب الحدیث ان شأنهم نقل الروایات التی تصلح الاعتماد علیها و لو بعد اعتضادها بروایة أو روایات اخری.

و ما ورد فی ان کثرة الروایة طریق لمعرفة منزلة الراوی ضعیف سندا و ظاهره ان کثرة الروایة بوجه معتبر تکون طریقا الی جلالة

الرجل و محافظته علی دینه لا مجرد کثرة الروایة و لو لم تکن بذلک الوجه و کذلک لا دلالة لکون الشخص من المشایخ الإجازة علی وثاقته حیث یکون تحمل الروایة بقراءة الشیخ أو القراءة علی الشیخ أو وجدانه فی نسخة منسوب الی شخص و الإجازة تحتاج إلیها فی القسم الثالث فإنه یمکن معها ان ینسب الراوی الروایة إلیه کما لا یخفی.

و اما توثیق الشیخ (قده) فی رجاله فهو سهو من قلمه الشریف أو من النساخ حیث لم یذکر التوثیق فی موضع آخر من رجاله بل ذکر فی فهرسته انه عند نقاد الحدیث ضعیف و کیف ما کان فقد ضعف الرجل النجاشی و غیره و استثناه ابن الولید من روایات احمد بن محمد بن یحیی و لو لم یکن تضعیفه ثابتا فلا أقل من عدم ثبوت توثیقه خصوصا بملاحظة ما فعل فی حقه احمد بن محمد بن عیسی الأشعری من إخراجه من (قم) إلی (الری) و النهی عن الاستماع الی حدیثه فان هذا الفعل و ان لا یکون حجة علی ضعفه فی الحدیث کما فی فعل ذلک فی حق احمد بن ابی عبد اللّه البرقی الا انه لا یخلو عن تأیید ضعفه.

و الوجه فی عدم کون الإرسال مضرا فلما ذکر الشیخ (قده) فی العدة فی حق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۲

....

جماعة منهم ابن ابی عمیر و البزنطی من انهم لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقة و لکن قد تقدم فی التکلم فی مراسیل ابن ابی عمیر انه لا یمکن الاعتماد علی المراسیل أولا فلأن کلام الشیخ (قده) اجتهاد فی القول المنقول فی حق أصحاب الإجماع.

و ثانیا انه قد علم روایة هؤلاء عن بعض الضعفاء کما یظهر ذلک لمن لاحظ اسناد الروایات و علی ذلک فمن المحتمل ان یکون المرسل عنه فی الحدیث المفروض فی المقام ذلک الراوی الضعیف.

و منها موثقة معاویة ابن عمار عن ابی عبد اللّه (ع) قال لا بأس ان یشتری الآجام إذا کانت فیها قصب «۱» و المصنف و ان عبر عن هذه بالروایة ألا أنها موثقة لأن الشیخ رواها بسنده عن حسن محمد بن سماعة و محمد بن زیاد فی سندها هو محمد بن حسن بن زیاد العطار الکوفی ثقة یروی عنه ابن سماعة فلا حظ و اما دلالتها علی المقام فان المراد فی بیع الآجام هو بیع سمکها مع ضمیمة القصب الموجود فیها بقرینة ما تقدم و ما یأتی مثل روایة أبی بصیر عن ابی عبد اللّه (ع) فی شراء الأجمة لیس فیها قصب انما هی ماء قال تصید کفا من سمک تقول اشتری منک هذا السمک و ما فی الأجمة بکذا و بکذا «۲».

و منها موثقة سماعة قال سألته عن اللبن یشتری و هو فی الضرع فقال لا الا ان یحلب لک منه أسکرجة فیقول اشتر منی هذا للبن الذی فی الاسکرجة و ما فی ضروعها بثمن مسمی فان لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی الاسکرجة «۳» و علی ذلک یحمل

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب ۱۲- الحدیث ۵.

(۲) الوسائل الجزء (۱۲) الباب ۱۲- الحدیث ۶.

(۳) الوسائل الجزء (۱۲) الباب ۸- الحدیث (۱).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۳

....

صحیحة عیص ابن القاسم قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل له نعم یبیع ألبانها بغیر کیل قال نعم حتی تنقطع أو شیء منها «۱» بناء علی ان المراد منها بیع اللبن فی الضرع تماما أو بعضه فی الضرع و بعضه محلوبا و فی الصحیح الی ابن محبوب عن إبراهیم أبی زیاد الکرخی قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) ما تقول فی رجل اشتری من رجل أصواف مأة نعجة و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا درهم

فقال لا بأس بـذلک ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ما له فی الصوف و فی موثقـۀ إسـماعیل بن الفضل الهاشـمی عن ابی عبد اللّه (ع) فی الرجـل یتقبـل بجزیـۀ رؤوس الرجـال و بخراج النخل و الآجام و الطیر و هو لا یـدری لعله لا یکون من هـذا شـیء أبـدا أو یکون أ یشتریه و فی أی زمان یشتریه و یتقبل منه قال إذا علمت ان من ذلک شیئا واحـدا أنه قد أدرک فاشتره و تقبل به و ظاهر هذه الموثقۀ کما قبلها و کموثقۀ سـماعۀ المتقدمۀ ان الضمیمۀ یصحح البیع فیما إذا کان المجهول غیر معلوم الحصول أصلا لا ان الضمیمۀ المعلوم مقدارها یصـحح بیع المجهول مقداره فان المحلوب فی الاسـکرجۀ بنفسه مجهول مقداره و کذلک الضمیمۀ المعلوم إدراکها فی المذکورات فی موثقۀ إسماعیل بن الفضل الهاشمی.

و الضمیمۀ المذکورة فی روایۀ إبراهیم الکرخی و هی الصوف علی ظهور الغنم فی نفسه غیر جائز البیع فکیف یصحح بیع ما فی بطون الغنم.

و عن بعض جواز بیع الصوف علی ظهور الغنم و لکن مع منعه عن ضم مـا فی بطنه الی بیعه فظـاهر الروایـۀ غیر معمول به عنـد أحـد و کذلک الحال فی الضمیمۀ المذکورة فی روایتی أبی بصیر و البزنطی فإن الکف من السمک فی نفسه غیر جائز البیع حیث ان

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب ۸- الحدیث (۲)

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۴

....

السـمک من الموزون و لـذا یجری فیه ربا المعاوضـۀ فکیف تصـحیح البیع و لو قیل بکفایـۀ المشاهدة فی بیع السـمک فی الأجمۀ فهو باعتبار عدم اعتبار الوزن فی بیع الکثیر من الشیء فیما لم یجعل له المیزان کزبر الحدید.

أقول المتحصل من کلامه (ره) ان الضـمیمۀ المذکورة فی بعض الروایات فی نفسها غیر جائز بیعها فکیف تصحح بیع المجهول مع ان مـدلولها تصـحیح بیع المجهول حصوله لا مقـداره و ظاهر بعضـها الأخری کروایـۀ الکرخی غیر معمول به عند أحد فلا یصح الاعتماد علیها فی الحکم بصـحۀ بیع المجهول مع الضـمیمۀ، و لکن لا یخفی عدم کون شیء مما ذکر موجبا لرفع الید عن ظاهر الروایات و هو کون ضم ما یصح بیعه من المعلوم الی المجهول موجبا لصحۀ البیع و الضمیمۀ و ان لا یوجب خروج البیع عن کونه غرریا الا أنه یتعین تخصـیص ما دل علی النهی عن بیع الغرر لان الروایات الواردة فی المقام بالإضافۀ الی ما دل علی النهی عن بیع الغرر من قبیل الخاص الی العام و ذلک فإن موثقـۀ سـماعۀ مثلا ظاهرة فی ان حلب مقدار من اللبن فی الاسـکرجۀ و ضـمه الی ما فی ضـرع الحیوان فی البیع یوجب صـحته و لکن لا نظر لها إلی کیفیـۀ ضم ما فی الاسـکرجۀ من کون ذلک بعد اعتبار کیل ذلک المحلوب و عدمه بل فی مقام لزوم ضم الموجود الفعلی و مقتضـی ما دل علی اعتبار الکیل فی بیع المکیل رعایۀ کیل ذلک المحلوب و کذلک موثقۀ معاویۀ عمار ظاهرها ان ضم القصب الی ما فی الأجمۀ فی البیع یوجب صـحۀ البیع و لو مع احتمال ان لا یکون فی الأجمۀ سمک و روایۀ أبی بصیر ظاهرهـا ان ضم الموجود الفعلی و هو الکف من السـمک یوجب صـحۀ بیع ما فی الأجمـۀ و السـمک مطلقا لم یحرز کونه موزونا بل الظاهر أنه فی أطراف الشط و البحر یباع بالمشاهدة و کذا الحال فی الصوف علی ظهر الغنم و لذا یصح ضم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۵

....

ذلک الصوف الی ما فی البطون من الحمل و بیعها بصفقۀ و دعوی ان ضم الصوف علی الظهر الی الحمل لم یلتزم به أحد مجازفۀ.

نعم یبقی فی البین ان المستـفاد من هذه الروایات و ما ورد فی بیع الآبق مع الضـمیمۀ و فی بیع الثمرة مع ضم السنـۀ الآتیۀ ان الضـمیمۀ

تصحح البیع فی المجهول الذی لا یحرز حصوله لا المجهول الذی لم یحرز کمه أو وصفه.

و لکن یمکن ان یقال بکفایة الروایات فی القول بجواز بیع المجهول مع الضمیمة سواء کان المجهول من قبیل مجهول الوجود أو مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف و ذلک فأن الظاهر السؤال فی موثقة سماعة فرض اللبن فی الضرع و لو کان شراء اللبن فی الضرع محکوما بالصحة باعتبار ان اللبن فی الضرع لیس من المکیل و الموزون بل من قبیل الثمرة علی الشجرة لکان علی الامام (ع) ان یجیب بالجواز و لو مع التأکید علی فرض السائل من اعتبار إحراز وجود اللبن فی الضرع لکن قد ذکر (ع) فی الجواب لا الا ان یحلب لک منه أسکرجة و ظاهره اعتبار حلب بعضه و اجراء البیع علی المحلوب و ما فی الضرع و قوله (ع) فیما بعد (فان لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی الاسکرجه) تعرض لصورة نادرة فی الفرض و هی اتفاق عدم کون اللبن فی الضرع و کون المبیع مقدار المحلوب فقط و انه یصح البیع فی تلک ایضا و یکون الثمن فی مقابل ذلک المحلوب کما یدل علی هذه الجهة أی کون الثمن فی مقابل الضمیمة علی تقدیر عدم حصول المجهول ما فی روایة الکرخی من أنه ان لم یکن فی بطونها شیء کان رأس ماله فی الصوف.

و ما فی موثقة سماعة عن ابی عبد اللّه (ع) فی الرجل یشتری العبد و هو آبق عن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۶

....

اهله قال لا یصلح الا ان یشتری معه شیئا آخر و یقول اشتری منک هذا الشیء و عبدک بکذا و کذا فان لم یقدر علی العبد کان الذی نقده فیما اشتری منه.

و مما ذکرنا یظهر أنه لا یمکن المساعدة علی دعوی جواز بیع اللبن فی الضرع بلا ضمیمة فیما إذا کان وجود اللبن فی الضرع محرزا مع الکراهة جمعا بین صحیحة عیص بن القاسم المتقدمة حیث ذکر سلام اللّه علیه فیها بعد السؤال عن رجل له نعم یبیع ألبانها بغیر کیل نعم حتی ینقطع أو شیء منها و بین موثقة سماعة المتقدمة التی ورد فیها لا الا ان یحلب لک منه أسکرجة أو الحکم بالجواز من غیر کراهة بحمل الموثقة علی صورة عدم إحراز اللبن فی الضرع و الصحیحة علی صورة إحرازه و وجه عدم المساعدة هو کون ظاهر الموثقة أیضا إحراز وجود اللبن فی الضرع کما لا یخفی.

و اما المجهول وصفه فیمکن استفادة جواز بیعه مع الضمیمة من مثل موثقة معاویة بن عمار المتقدمة حیث ذکر سلام اللّه علیه فیها لا بأس ان یشتری الآجام إذا کانت فیها قصب فان من الظاهر ما فی الأجمة من السمک کما یکون مجهولا من حیث المقدار کذلک یکون مجهولا- من حیث الوصف أیضا إذ للسمک أنواع مختلفة و یختلف قیمته بالصغر و الکبر و الأجمة الواحدة یشتمل علی السماک المختلفة نوعا غالبا و بالصغر و الکبر دائما و مما ذکرنا یظهران ما قیل فی وجه تصحیح المعاملة بالضمیمة فیما إذا کان الشیء مجهول الوصف أو الکم بالأولویة من أنه إذا حکم الشارع بصحة البیع فیما إذا کان بعض المبیع مجهول الوجود یکون البیع محکوما بالصحة فی مجهول الوصف و الکم بالفحوی لا یمکن المساعدة علیه فان المراد بالصحة فیما إذا کان البعض مجهول الوجود وقوع الثمن فی مقابل الضمیمة و ذلک المجهول علی تقدیره

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۷

....

و وقوعه بتمامه فی مقابل الضمیمة علی تقدیر عدمه و هذا لا یجری فی مجهول الوصف و العمدة فی المقام ما ذکرنا.

نعم یبقی فی البین دعوی ان تصحیح الضمیمة یختص بموارد النصوص أو یعم کل مجهول من حیث الوجود أو المقدار أو الوصف و

لا يبعد التعميم لان السمك أو اللبن أو الحمل أو العبد أو الثمرة من موارد النصوص معرض للجهالة و لذا وقع السؤال عنها و المتفاهم من الأجوبة الواردة فيها ان الضميمة علاج لبيع المجهول.

و لكن المستفاد من النصوص ان كل مبيع يكون النهى عن الغرر مقتضيا لفساد بيعه اما لعدم العلم بوجوده أو بحصوله أو للجهل بأوصافه يكون بيعه مع الضميمة محكوما بالصحة و يرفع اليد بها عن عموم النهى عن بيع الغرر.

و اما إذا كان الشيء مكيلا- أو موزونا أو معدودا بالفعل و أريد فى التخلص عن كيله أو وزنه أو عدده بضم الضميمة اليه و بيعها بصفقة فهذا خارج عن مدلولها فان اللبن فى الضرع أو السمك فى الأجمة أو العبد الآبق أو الحمل فى بطن الدابة لا يكون شيء منها من المكيل أو الموزون أو المعدود بالفعل و لذا يجرى البيع عليها عند العقلاء و لا يعدونها من المكيل أو الموزون أو المعدود و لا يفيد الضميمة فى التخلص عن بيعها بالكيل أو الوزن أو العدد أخذا بإطلاق النهى عن بيع المكيل أو الموزون أو المعدود من غير تعيين كيله أو وزنه أو عدده فإن النهى المزبور يعم ما إذا كان بيعها مع ضميمة معلوم كيلها أم لا كما لا يخفى هذا كله ما إذا بيع المجهول مع الضميمة بصفقة واحدة و اما إذا جرى البيع على الضميمة فقط و اشترط فى بيعها كون المجهول ملكا للمشترى بلا عوض فيحكم بصحة البيع و الشرط بناء على ما هو الأظهر من ان الغرر فى الشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۴۸

[بقى الكلام فى ما كان المجهول تابعا]

بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم (۱)

لا يبطل الشرط و لا البيع إلا إذا كان موجبا للغرر فى نفس البيع.

و اما ما ذكره المصنف (ره) فى أول كلامه من ان مقتضى الأدلة ان بيع المجهول مع الضميمة بصفقة واحدة يوجب بطلان البيع بتمامه فلا يمكن المساعدة عليه فان مقتضى انحلال البيع نظير انحلاله فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى الضميمة و البطلان بالإضافة إلى المجهول و يعلم طريق تقسيط الثمن المسمى لكل من المجهول و الضميمة مما تقدم فى طريق تقسيطه فى بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله بصفقة واحدة فتدبر.

(۱) حكى عن العلامة التفصيل فى المجهول بأنه إذا كان مقصودا بالبيع بطل و إذا كان تابعا فلا بأس به بمعنى انه يصح البيع و يدخل المجهول فى ملك المشترى و يقع الكلام فى المراد من التابع و المقصود بالبيع و استظهر المصنف (ره) من كلماتهم ان مرادهم من التابع يختلف و هذا الاختلاف ينتهى إلى وجوه.

الأول ما يظهر من القواعد و التذكرة و غيرهما من انه إذا كان المجهول شرطا فى المبيع بحيث يدخل فى ملك المشترى يحكم بصحة البيع و جهالة الشرط لا يضر بصحة البيع بخلاف ما إذا جعل جزءا من المبيع بان يكون الثمن بإزاء المجموع من المعلوم و المجهول فى مدلول الإيجاب و القبول و على ذلك فلو باع العبد لا يدخل ماله فى المبيع بناء على تملكه المال نعم مع اشتراط دخوله فى المبيع يدخل العبد فى ملك المشترى مع ماله على النحو الذى كان مالكا للمال عند البائع و اما إذا قيل بعدم جواز تملك العبد و جعل المال جزءا من المبيع لاعتبر فيه شرائط البيع و منها معلوميته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۴۹

....

الثانى ما عن جامع المقاصد و المحكى عن الشهيد فإنه قد ذكر الأول فى رد ما تقدم فى بيان التابع ان عبارة العقد لا اعتبار بها و ان ما

قیل من انه لو کان حمل الحیوان جزءا من المبیع لکان باطلا و ان جعل شرطا صح غیر صحیح بل بیع الأم مع حمله محکوم بالصحة لأن الحمل تابع شرطا أو جزءا و لو باع العبد مع ماله یدخل ماله أیضا فی المبیع ان قلنا بان العبد یملک سواء جعل جزءا أو شرطا و ان قلنا بأنه لا یملک لا یصح جعل المال فی البیع إلا إذا کان معلوما لانه لیس بتابع علی هذا القول و المتحصل من کلامه ان ما یعد تابعا عرفا بان یکون الشیء محسوبا عرفا من فروعات المبیع کالحمل بالإضافة إلی الأم و ان لم یکن تملک الأصل مقتضیا لتملکه ایضا یجوز کونه مجهولا سواء ذکر فی العقد بصورة الاشتراط أو بصورة الجزء و کل ما لا یکون کذلک فلا یجوز کونه مجهولا سواء أتی بصورة الاشتراط أو بصورة الجزء کما انه لا یفرق فی کون شیء تابعا کما ذکر بین تعلق الغرض الشخصی من المتبایعین أو أحدهما بتملیکهما و تملکهما معا فی مقابل الثمن أو کان عرضهما أو غرض أحدهما تملیک المتبوع و تملکه أو التابع کما یتفق الأخیر فی شراء بعض افراد الخیل حیث یکون الغرض الأصلی تملک حمله.

الثالث ان یکون کون شیء تابعا أم لا- بقصد المتعاقدین نوعا و إذا کان الغرض الأصلی للمتعاقدین غالبا فی تملک المجهول و المعلوم خصوص المعلوم کما إذا کان الثمن فی البیع بمقدار یشتری به المعلوم فلا یضر جهالة الآخر جعل سواء جزءا أو شرطا و إذا انعکس الأمر یحکم ببطلان البیع من غیر فرق بین جعل المجهول جزءا أم شرطا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۰

....

الرابع: ان یکون المیزان فی کون شیء تابعا الغرض الأصلی للمتعاقدین بشخصهما فإنه لو کان الغرض الأصلی لهما تملیک و تملک المجهول فیحکم ببطلان البیع جعل جزءا أو شرطا و إذا انعکس الأمر یحکم بصحته.

الخامس: ان المیزان فی کون شیء تابعا الغرض العقدی للمتعاقدین دون الغرض الأصلی الباطنی نظیر ما قد یفعله المتعاقدان فی التخلص عن المخاصمة المحتملة مستقبلا فی متاع لعارض من العوارض من اجرائهما البیع علی متاع أخر لا یحتمل النزاع فیه و جعل الأخر تابعا و لکن لا یخفی ان مرجع هذا الوجه الی الوجه الأول من ذکر المجهول فی عبارة العقد شرطا فیکون تابعا.

ثم انه (ره) قد ذکر عدم الفرق فی بطلان البیع بضم المجهول من غیر فرق بین کون الضم بنحو الجزئیة أو الشرطیة للغرر الحاصل بالجهالة نعم إذا کان المجهول تابعا عرفیا للمعلوم بنحو ما تقدم من اضافة البیع الی المعلوم عرفا بحیث لا یعد المجهول امرا آخر منضما الی المبیع بل من فروعاته فان اتی الفرع بصورة جزء المبیع فی عقد البیع بطل للجهالة و إذا اتی بطور الشرط فلا یکون داخلا فی الغرر کما لا یکون داخلا فی معقد الإجماع علی کون المبیع معلوما هذا فی التابع الذی لا یدخل فی ملک المشتری من غیر جعله شرطا أو جزءا و اما التابع الذی یدخل فی المبیع و ینتقل إلی المشتری و لو کان مغفولا عنه حین البیع و لم یذکر فیه جزءا أو شرطا فالظاهر عدم کون جهالته مضرة بصحة البیع إلا إذا أوجب جهالة ذلک التابع جهالة المتبوع و هذا خارج عن محل الکلام فی الضمیمة لأن الکلام فیها ان جهالة المجموع من الشیء و الضمیمة توجب بطلان البیع أو ان معلومیة الضمیمة کافیة فی صحته و اما إذا کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۱

....

المتبوع الذی جری علیه البیع مجهولا بجهالة ساریة إلیه من التابع فلیس مورد الکلام فی المقام.

أقول قد یذکر للتابع وجه آخر و هو کون المجهول مذکورا فی عبارة العقد بعد ذکر المعلوم أولا- و علی ذلک یحمل الروایات الواردة فی ضم المعلوم الی المجهول و لکن لا- یخفی فساده لانه لا یفهم فرق فی مدلول الکلام بین ان یذکر المعلوم أولا بأن یقول بعت ما فی الاسکرجة من اللبن و ما فی الضرع بکذا أو یقال بعت ما فی الضرع و فی الاسکرجة بکذا أضف الی ذلک ما ورد فی بیع

العقد الآبق من ذکر المجهول أولا و فی صحیحة رفاعة النحاس قال سألت أبا الحسن موسی (ع) أ یصلح ان اشتری من القوم الجاریة الآبقة و أعطیهم الثمن و أطلبها أنا قال لا یصلح شراؤها الا ان تشتری منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانة و هذا المتاع بکذا و کذا درهما فان ذلک جائز و ظاهرها جواز جعل المجهول متبوعا فی عبارة العقد و کیف کان فقد تقدم ان الوجه الأول و هو التفصیل بین ما إذا کان المجهول شرطا أو جزءا لا یصح فی النصوص الواردة فی الضمیمة فإن ظاهرها جواز جعل المجهول جزءا و لکنها لا تعم ما إذا کان المجهول من قبیل المکیل أو الموزون أو المعدود و لو کان المجهول منها فلا بد من التفصیل بین جعل المجهول شرطا أو جزءا فیصح علی الأول و یبطل البیع بالإضافة إلی المجهول علی الثانی و صحته علی الأول مبنی علی ما هو الأظهر من ان الغرر فی البیع موجب لبطلانه و اما الشرط فلا یبطل بالغرر کما ان الشرط المزبور لخروجه عن البیع حیث انه تملیک الشیء بالعوض لا یوجب الغرر فیه.

و بتعبیر آخر و لو یکون الشرط من العقد فیعمه ایضا وجوب الوفاء بالعقد الا انه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۲

....

لا یدخل فی البیع و مجرد کونه غرریا لا یوجب الغرر فی البیع فما ذکر المصنف (ره) من عدم الفرق بین جعل المجهول جزءا أو شرطا ضعیف غایته بل لو قلنا بان الغرر فی الشرط یوجب بطلانه فالباطل هو الشرط فقط و لا یسری الی البیع لما یأتی فی محله من ان بطلان الشرط لا یوجب بطلان أصل البیع و هذا فیما إذا کان الشرط بمعنی المشروط أمرا آخر لا یرجع الی خصوصیة المبیع أو الثمن کما هو الفرض فی مسألة الضمیمة.

و إذا کان الشرط بمعنی المشروط امرا راجعا إلی خصوصیة فی أحدهما فالشرط علی تقدیر کونه غرریا یبطل و یوجب بطلان أصل البیع ایضا کما إذا باع المتاع بثمن و اشترط انه لا یسلمه المتاع الیه الا فی زمان شاء فبطلان البیع فی الفرض باعتبار کونه غرریا کما لا یخفی.

و اما کون المیزان فی التابع الغرض النوعی من المتعاقدین بالمعنی المذکور فی المختلف من شراء المجموع بثمن یساوی الضمیمة المعلومة فیحکم بصحته لعدم الغرر و شرائه بثمن یزید عنه بمقدار یعتنی به فیحکم ببطلانه للغرر فلا یمکن المساعدة علیه لان الغرر یصدق علی البیع فی الفرض الأول أیضا لو بالإضافة إلی البائع و کذا الحال علی احتمال الغرض الشخصی فإن کون غرض المشتری تملک الضمیمة فقط بإزاء الثمن لا یخرج عن کونه غرریا عرفا حیث ان الصدق عندهم لا یکون بملاک الغرض الشخصی من المتبایعین.

نعم لو کانت القیمة السوقیة للشیء لا یختلف سواء إحراز جمیع خصوصیات الشیء أو لم یحرز کخصوصیة باطن الثوب فلا یضر الجهل بها مع إحراز عنوان المبیع و لذا یشتری الثوب و لا یدری أن بطاته قطن مصنوعی أو زراعی و یشتری الثوب و لا یدری أن مادته من النایلون أو القطن الی غیر ذلک مما یتعارف الشراء فی السوق من غیر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۳

[مسألة الإندار للظروف]

یجوز ان یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه (۱)

إحراز بعض الخصوصیات و لا یدخل البیع بالجهل المزبور فی عنوان الغرر و لو فیما فرض ان المشتری علی تقدیر علمه بواقع تلک

الخصوصیة لم یقدم علی شرائه و هذا أمر آخر لا یرتبط بمسألة الضمیمة.

فقد تحصل ان التابع العرفی الذی لا یندرج فی المبیع من غیر أخذه جزءا أو شرطا لا بد من إحرازه مع أخذه فی المبیع جزءا و لا یضر الجهالة به فیما إذا أخذ شرطا فإنه لا یزید عن الشرط غیر التابع و اما التابع الذی یدخل فی المبیع من غیر حاجة الی ذکره فی العقد جزءا أو شرطا أم لا کمفتاح الدار و بیض الدجاجة فجهالته لا یوجب صدق الغرر فی البیع أصلا.

(۱) المنسوب إلی الشهرة انه یجوز ان یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل زیادة ذلک المقدار علی الوزن الواقعی للظرف و نقیصته و صرح الفخر (ره) بالإجماع علی ذلک فإنه قال نص الأصحاب علی انه یجوز الإندار للظروف بما یحتمل الزیادة و النقیصة و فرع علی هذا الجواز بأنه قد استثنی من المبیع أمر مجهول و استثناء المجهول من المبیع مبطل إلا فی هذا المورد و مراده من الاستثناء علی ما ذکر المصنف (ره) إخراج الظرف عن متعلق البیع ابتداء بإجراء البیع علی المظروف من الأول بأن یقول بعت السمن الذی فی هذا لظرف بکذا و الاستثناء الحقیقی أی المصطلح و ان یکون کذلک ایضا بمعنی انه یخرج عن حکم العام ابتداء الا ان هذا الخروج بملاحظة ذکر الاستثناء فی الکلام و لو لم یذکر ذلک الاستثناء لشمل الحکم المستثنی بحسب مدلول الکلام کقوله أکرم العلماء الا الفساق منهم بخلاف الاستثناء فی المقام فإنه قد ذکر البیع فی الکلام ابتداء للمظروف فقط.

ثم ان فی المسألة أقوال ستة: الأول- ان المقدار المندر یعتبر کونه متعارفا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۴

....

عند التجارة و عدم العلم بزیادته علی الوزن الواقعی للظرف.

الثانی ما ذکر مع اعتبار عدم العلم بالنقیصة أیضا.

الثالث اعتبار أحد الأمرین من اعتبار العادة و عدم العلم بالزیادة أو النقیصة.

الرابع جواز إندار المقدار المحتمل مطلقا أی تراضی به المتعاقدان أم لا و لکن مع العلم بزیادته یعتبر تراضیهما.

الخامس ما ذکر مع اعتبار تراضیهما فی صورة العلم بالنقیصة.

السادس انه یعتبر ان لا یوجب الإندار الغرر فی البیع کما إذا لم یحتمل زیادته أو نقیصته الا بمقدار یسیر یتسامح فیه ثم ان الإندار للظرف قد یکون بعد اجراء البیع علی المظروف بان یوزن المظروف مع ظرفه فیعلم وزنهما معا و بعد ذلک یجری البیع علی المظروف بنحو الجملة بأن یقول بعت السمن الذی فی هذا الظرف بکذا أو بنحو التسعیر کما یقول بعت السمن الذی فی هذا الظرف کل الکیلو منه بکذا و یحکم بصحة البیع فی فرض البیع بنحو الجملة للإجماع علی کفایة إحراز وزن المبیع مع ظرفه علی ما تقدم فی کلام الفخر و لا یحتاج إلی الإندار فی هذا لفرض و یبقی الظرف فی ملک البائع فیما لو لم یشترط أو لم یهبه البائع للمشتری و الأمر فی فرض البیع بنحو التسعیر ایضا کذلک و لکن یحتاج تعیین الثمن الذی یستحقه البائع علی المشتری الی الإندار و قد یکون الإندار قبل البیع بان یحرز وزن المظروف فی نفسه بالإندار أولا ثم یجری البیع علی المظروف المحرز وزنه بالإندار و یحکم بصحة هذا البیع أیضا للإجماع علی انه لا یعتبر وزن المبیع فی الفرض بغیر الإندار من اخبار البائع أو وزن المظروف مستقلا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۵

خصوصا اعتبار التراضی بصورة العلم بالزیادة (۱)

و استظهر المصنف (ره) من أصحاب الأقوال المتقدمة اختلافهم فی تحریر المسئلة و ان بعضهم قد حررها لتعیین وزن المظروف لیجری البیع علیه بعد ذلک و لذا اعتبر ان لا یکون الإندار بحیث یوجب الغرر فی البیع و اعترض علی من ذکر جواز الإندار بما یعلم

زیـادته أو نقیصـته مع التراضـی بـأن التراضـی لا یوجب صـحهٔ البیع الغرری و مع إنـدار المقـدار المعلوم زیادته أو نقیصـته یکون البیع غرریا.

و یمکن اسـتظهار هـذا الوجه ای کون الإنـدار موجبـا لإـحراز وزن المبیع لیجری البیع علیه بعـد ذلـک من الکلاـم المتقـدم فی صـدر المسألهٔ عن الفخر و وجه الاستظهار ان الفخر (قده) قد فرع جواز استثناء المجهول عن المبیع أی جواز اجراء البیع ابتداء علی المظروف المجهول وزنه الواقعی للجهل بوزن ظرفه علی جواز الإندار فیکون جواز الإندار موجبا لصحهٔ البیع بخلاف فرض تحریر المسألهٔ بحیث یکون الاحتیاج إلی الإندار بعد بیع المظروف علی وجه التسعیر فإنه علیه یکون جواز الإندار متفرعا علی جواز بیع المظروف المجهول وزنه الواقعی بنحو التسعیر و یحرز بالإندار جملهٔ الثمن الذی یستحقه البائع علی المشتری.

(۱) قد استظهر (ره) من کلام من اعتبر التراضی فی جواز الإندار مع العلم بزیادهٔ المقدار المندر علی الوزن الواقعی للظرف أو نقیصته عنه ان هـذا القائل قـد فرض الإنـدار بعد بیع المظروف الموزون مع ظرفه علی وجه التسـعیر لتعیین ما یسـتحقه البائع علی المشتری من الثمن و وجه الاسـتظهار ان الإنـدار لو کان لتعیین وزن المظروف لیجری علیه البیع بعده فاللازم تراضـی المتبایعین فی إجراء البیع علی المظروف المعلوم وزنه بالإندار سواء کان المقدار المندر محتمل الزیادهٔ و النقیصهٔ أو معلوم الزیادهٔ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۶

....

أو النقیصـهٔ إذ لاـ معنی لصـحهٔ البیع بـدون تراضـی المتبـایعین و امـا إذا کـان الإنـدار بعـد وزن المظروف مع ظرفه و اجراء البیع علی المظروف علی وجه التسـعیر لکان للتفصـیل المزبور وجه حیث ان مع احتمال الزیادهٔ و النقیصهٔ لا یعلم المشتری باستحقاق البائع بأزید مما یأخذه منه بعنوان الثمن فلا موجب لتراضیهما.

و امـا إذا علم بزیـادهٔ المقـدار المنـدر فقـد یأخـذ البائع من المشتری بأزیـد من الثمن الـذی یسـتحقه کما انه إذا علم نقیصـته عن وزنه الواقعی یأخـذ البـائع أقل مما یسـتحق و یکون أخـذ الزیادهٔ أو النقیصـهٔ من قبیل التملیک المجانی فیعتبر تراضـیهما و لا وجه فی فرض الإندار بعد بیع المظروف علی وجه التسـعیر للإیراد علی اعتبار التراضی بأن التراضی لا یدفع الغرر عن البیع و وجه عدم الإیراد ان البیع قـد وقع علی المظروف قبل الإندار و لو کانت معلومیهٔ وزنه مع الظرف غیر رافع للغرر عن البیع یکون صـحهٔ البیع المزبور بالإجماع أو الروایهٔ مقتضیهٔ لتخصیص النهی عن بیع الغرر.

و بـذلک یظهر انه علی تقـدیر کـون الإنـدار بعـد اجراء الـبیع علی المظروف المـوزون مع ظرفه یکـون ذکر الإنـدار فی مسألـهٔ تعیین العوضین باعتبار ان جواز البیع کذلک تخصیص فیما دل علی اعتبار الوزن المستقل فی المبیع الموزون.

و یظهر ایضـا کون الإنـدار لتعیین مقـدار اسـتحقاق البـائع من الثمن علی المشتری فی فرض بیع المظروف علی وجه التسـعیر من کلام الأردبیلی (قـده) حیث ذکر فی أول کلامه فی عنوان المسـئلهٔ انه یجوز بیع الموزون بان یوزن مع ظرفه ثم یسـقط من المجموع مقـدار الظرف تخمینا فان التعبیر ب (ثم) الظاهرهٔ فی التراخی مقتضاه فرض الإندار لتعیین مقدار الثمن للمظروف المبیع علی وجه التسعیر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۷

....

و نظیر ذلک کلام الحـدائق و ان کان ما ذکره من کون الإنـدار حقا للمشتری ضـعیفا لأن الإندار لتعیین حق البائع علی المشتری لا انه حق للمشتری و علیه فیعتبر عدم العلم بالنقیصهٔ کالزیادهٔ کما لا یخفی.

أقول ما ذکر المصـنف (ره) من انه لو کان الإندار لإحراز وزن المظروف الذی یجری علیه البیع بعد ذلک لاعتبر التراضـی مطلقا و لم

يختص بصورة العلم بالزيادة أو النقيصة لا- يمكن المساعدة عليه لأن الإندار فى هذا الفرض طريق لإحراز وزن المبيع و من الظاهر اعتبار الشىء طريقا مع العلم بمخالفته للواقع غير معقول و لا يصححه تراضى المتعاقدين و على ذلك فلا وجه لاعتبار التراضى فى إحراز وزن المبيع بل لا بد من تخصيص اعتبار الإندار بما احتمل ان يكون المقدار المندر مساويا للوزن الواقعى للظرف رضى به المتعاقدان أم لا.

و ايضا لا- يخفى ان مقتضى القاعدة الأولية عدم جواز بيع المظروف الموزون مع ظرفه من غير إحراز وزن المظروف منفردا الا- مع ثبوت ان القسطاس المستقيم فى بيع المظروف الذى يتعارف بيعه فى ظرفه هو وزن المجموع على ما جرت عليه السيرة التى لا تحتمل حدوثها بعد زمان الشارع.

و على ذلك فلو كان الإندار قبل البيع لإحراز وزن المظروف منفردا كان مشروطا باحتمال تساويه مع وزن الظرف و ان كان بعد البيع لتعيين الثمن فى المبيع على وجه التسعير جاز سواء علم بزيادته، على الوزن الواقعى أم لا- لأنه فى فرض الزيادة يتضمن التمليك المجانى فيعتبر فيه التراضى و كذا الحال فيما علم نقصانه على ما تقدم، و الحاصل الظاهر ثبوت السيرة على الإندار فى كلام المقامين و لكن الإندار فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۵۸

....

مقام إحراز وزن المبيع قبل البيع مشروط باحتمال تساوى المقدار المندر مع الوزن الواقعى للظرف و فى الإندار بعد البيع يجوز مطلقا و لكن مع التراضى فى صورة العلم بالزيادة أو النقصان.

بقى للاندار صورة ثالثة و هى ما إذا بيع المظروف باشتراط الوزن المعين ثم فى مقام القبض يوزن مع ظرفه و يسقط لمكان الظروف مقدار من الوزن و لا- إشكال فى جواز البيع فى الفرض لان المعتبر فى البيع ليس خصوص الكيل الخارجى أو الوزن فعلا بل يكفى اشتراط الكيل المعين أو الوزن المعين و بهذا الاشتراط يخرج بيعه عن الجزاف و لذا يصح بيع المكيل أو الوزن بنحو الكلى على العهدة أو فى المعين و على ذلك فلو كان وزن المبيع مع ظرفه و إندار المقدار المعين معلوما و لو بالتعارف صح البيع لان شراء المال مع التعارف المزبور بمنزلة اشتراط القبض المزبور سواء كان المقدار المتعارف محتمل الزيادة و النقصان أو علم أحدهما و الجواز المزبور لا يحتاج الى التشبث بالسيرة أو بذيل الإجماع أو الرواية بل هو مقتضى القواعد الأولية كما لا يخفى.

بقى فى المقام أمر و هو ان الإندار للظروف و ان يعتبر طريقا الى تعيين وزن المظروف سواء وقع قبل البيع أو بعده لتعيين الثمن فى المبتاع على وجه التسعير أو كان للوفاء بالبيع المشروط فيه وزن خاص و لكن لو انكشف الخلاف و كون المقدار المندر زائدا أو ناقصا عن وزن الظرف لا يتدارك فيما كان مقدار التخلف متعارفا لان مقتضى السيرة المشار إليها كون الناقص أو الزائد على تقدير التخلف ملكا للآخر مجانا بالشرط الضمنى فى المعاملة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۵۹

قيل ظاهره عدم اعتبار التراضى (۱)

نعم إذا كان التخلف بنحو غير متعارف فلا بد من تدارك الزائد على المتعارف باسترداد مقدار من الثمن أو المثمن هذا مع الغمض عن الروايات و يأتى التعرض لها.

(۱) كان مراد القائل ان ظاهر الموثقة عدم اعتبار التراضى فيما إذا كان مما يزيد و ينقص و انه إذا كان المقدار المندر بما يزيد و ينقص فيجوز و مع كونه يزيد و لا ينقص فلا يجوز فيقع المعارضة بينها و بين رواية معلى بن حمزة حيث ظاهرها اعتبار التراضى مع

کون المندر مما یزید و ینقص و کذا مع روایة قرب الاسناد حیث ان ظاهرها ایضا اعتبار التراضی و لو مع کون المقدار المندر مما یزید و ینقص.

و ذکر المصنف (ره) عدم المعارضة بینها من هذه الجهة فإن التراضی مفروض فی مورد الموثقة فإن الحاسب المفروض فیها البائع أو وکیله فالرضا من قبله متحقق و المحسوب له هو المشتری السائل عن جواز اقدامه علی الشراء المزبور و ظاهر هذا السؤال رضاه بالاقدام لو لا المنع الشرعی و یؤید فرض رضاه نهیه عن الاقدام بالشراء المزبور فان نهی شخص یناسب فرض إرادته ذلک الفعل و علی ذلک فیکون حاصل الجواب انه إذا کان المقدار المندر مما یزید و ینقص فیجوز و ان کان یزید و لا ینقص فلا یجوز الشراء رضی به المتعاقدان أم لا فیتحد الموثقة مع روایة علی بن حمزة و کذا مع روایة قرب الاسناد نعم یقید إطلاق روایة قرب الاسناد بما إذا لم یکن المقدار المندر بما یزید و لا ینقص.

و أردف (ره) علی ما ذکر ان قوله (ع) ان کان یزید و ینقص فیه احتمالات ثلاثة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۰

....

الأول کون المقدار المندر فی مجموع المبیع یزید و یقتص بحسب شخص المعاملة و حیث لا- یمکن کون المقدار المندر فی المجموع بحسب شخص المعاملة زائدا و ناقصا فالمراد احتمالهما.

الثانی ان یکون المراد زیادة المقدار المندر علی وزن الظرف فی بعض المبیع و نقصانه عنه بالإضافة إلی البعض الأخر فی شخص المعاملة.

الثالث ان یکون المقدار المندر مما یزید و ینقص فی نوع المعاملة بأن یزید فی بعض إفرادها و ینقص فی بعضها الأخری فیستفاد کون المقدار المندر متعارفا مع عدم العلم بزیادته فی جمیع الموارد و یشهد للاحتمال الأول رجوع الضمیر فی قوله یزید و تنقص الی مجموع المقدار المندر کما انه یشهد للثانی عطف ینقص علی یزید بواو العاطفة الظاهرة فی الجمع، و استشهد للثالث بما ورد فی فضول المکائیل و الموازین کصحیحة علی بن عطیة قال سئلت أبا عبد اللّه (ع). قلت انا نشتری الطعام من السفر ثم نکیله فتزید قال لی و ربما نقص علیکم قلت نعم قال فإذا نقص یردون علیکم قلت لا قال فلا بأس.

ثم ذکر (ره) انه مع الشک فی کون المندر بمقدار الظرف فالأصل عدم زیادة المبیع علیه و عدم استحقاق البائع أزید مما یعطیه المشتری من الثمن و لکن هذا حکم ظاهری لا یوجب ذهاب حق أحدهما عند انکشاف الخلاف و اما مع العلم بزیادة المقدار المندر أو نقصانه فان کان إندار ذلک المقدر عادة فیقتضی العادة کون إسقاطه شرطا ضمنیا مع علم المتبایعین بها و مع عدم ثبوت العادة أو جهلهما بها فلا یجوز الاسقاط المزبور الا باشتراطه فی متن العقد بان یقول بعتک ما فی هذه الظروف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۱

....

الموزنة مع ظرفها کل رطل بکذا علی ان یسقط لکل ظرف منها کذا فیرجع هذا الاشتراط إلی هبة الزیادة من المثمن أو الإبراء من الثمن أو تراضیا علی هذه الهبة أو الإبراء بعد تمام البیع هذا مع قطع النظر عن الروایات.

و اما بالنظر إلیها فالمتبع موثقة حنان لضعف غیرها أو عدم معارضتها للموثقة و المستفاد منها جواز الإندار جوازا واقعیا فیما إذا کان المقدار المندر امرا متعارفا و لم یعلم زیادته علی مقدار الظرف و قد فهم الشیخ (ره) هذا منها و لذا ذکر ذلک فی النهایة مع جریان عادته فیها علی التعبیر عن الفتوی بمضمون الروایة و لا یجوز المقدار المندر فیما إذا علم زیادته و المراد بعدم جوازه نظیر عدم جواز

الشراء بـالموازین الزائدة عمـا یتسامح فیها عـدم صـیرورة الزائـد ملکا للآخر بمجرد الإنـدار وفاء للمعاملـة المزبورة بل یحتاج إلی هبة جدیدة.

و الحاصـل ان المقـدار المنـدر لو کـان مقـدار المعتاد و یحتمل الزیادة و النقصان فیجوز واقعا و مع عـدم أحـد القیـدین فان شک فی زیادته و نقصانه مع عـدم العادة فیجوز الإندار و لکن بحکم ظاهری و مع العادة و العلم بالزیادة أو النقصان یجوز ذلک بناء علی کون الزیادة و النقیصة مع العادة بمنزلة الاشتراط الضـمنی و لکن الحکم محل اشـکال ما لم تبلغ العادة حدا یحرز کونها کالشرط فی ضمن العقـد لان انصـراف العقد إلی العادة لیس من قبیل انصـراف المطلق الی بعض افراده بل من قبیل إضافة شـیء آخر من الهبة أو الإبراء إلی أصل البیع.

أقول إذا کان المسـتفاد من الموثقـة عدم الجواز فی غیر ما کان المقدار المندر امرا عادیا یحتمل الزیادة و النقیصة فمقتضاه ان المقدار المندر مع العلم بزیادته أو

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۲

ثم الظاهر ان الحکم المذکور (۱)

نقصانه حتی مع العادة یحتاج إلی هبة أو إبراء مسـتقل أو اشتراط مستقل فلا یحکم بأحدهما بمجرد الشرط الضمنی فی العقد حیث ان الشرط الضمنی المزبور محکوم بعدم الاعتبار.

(۱) و حاصـله ان الحکم بجواز الإنـدار لا ـ یختص بظروف السـمن و الزیت بل الظاهر عمومه لکل ظرف یجری البیع علی مظروفه کما هو مقتضـی روایة قرب الاسـناد و لکن لضـعف سـندها صالحة للتأیید فقط و یحتمل قریبا ان لا یعم کل مظروف بل یختص بالظروف التی یکون بیع المظروف فی ظرفه بمعنی عدم تفریغه منه عند بیعه متعارفا حیث لا یمکن التعدی عن ظروف السمن و الزیت إلی أزید من ذلک.

نعم کما انه قـد یکون بیع الشـیء حال کونه فی الظرف متعارفا کـذلک یتعارف بیع الشـیء الموزون مع مصاحبه غیر الموزون و علی ذلک فیحتاج فی تعیین مقـدار ثمن الموزون إلی الإنـدار من وزن المجموع و إنـدار مقـدار لصاحبه الغیر الموزون کالشـمع المنصوب علی الحلی المصـنوع من الذهب أو الفضة فإن الحلی موزون و مصاحبه غیر موزون فیوزنان معا و یندر للشمع مقدار و نظیره ما إذا بیع الظرف و المظروف و لکن کان المقصود بالأصالة هو شـراء الظرف و قصد بیع المظروف تبعا کما إذا أراد شـراء زقاق و لا یجد الا ما فیه دبس قلیل یباع الظرف معه فأن الدبس بما انه موزون یوزن مع ظرفه و یندر للظرف مقدار لتعیین مقدار الدبس و تعیین ثمنه.

أقول تعدیـة الحکم الی کل ظرف یتعارف بیع مظروفه حال کونه فی الظرف لا بأس به للسـیرة المشار إلیها و عـدم احتمال خصوصـیة لظرف السمن و الزیت من دون منع عن السیرة بل مع کونها مؤیدة بروایة قرب الاسناد و کذا فیما إذا کان شراء المظروف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۳

[بیع المظروف مع ظرفه]

یجوز بیع المظروف مع ظرفه الموزون (۱)

تبعـا لشـراء ظرفه و امـا التعـدی إلی المصـاحب فـان أحرز ثبوت السـیرة فیه ایضـا فهو و الا ـ فمقتضـی مـا دل علی اعتبار الوزن فی بیع الموزون عدم الجواز و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) یجوز بیع المظروف الذی یباع وزنا مع ظرفه بوزن المجموع و اجراء البیع علیهما بصفقة واحدة علی المشهور بل لم یعرف خلاف

من الخاصة إلا ما ذكر فى الروضة من نسبة الخلاف الى بعض من غير تعيينه و عن التذكرة نسبة المنع الى بعض العامة و يمكن الاستدلال على المنع بان ما يباع وزنا و هو المظروف غير معلوم وزنه و الظرف لا يباع وزنا بل لو كان الظرف مما يباع وزنا ايضا فلا يفيد العلم بوزن المجموع لان اختلاف المظروف مع الظرف فى القيمة يوجب الغرر الموجود فى بيع المظروف جزافا.

و ذكر المصنف (ره) فى المقام تفصيلا و هو انه إذا كان بيع المظروف فى ظرفه بوزن المجموع متعارفا كما تقدم فى المسألة السابقة فيكفى وزن المجموع فى المقام لأن الإندار فى تلك المسئلة كانت لتعيين مقدار الثمن و كان لا يعتبر فى بيع مظروفه وزنه منفردا و عليه فلو كان الظرف داخلا فى البيع كما هو الفرض فى المقام فلا يحتاج إلى الإندار و لم يحصل من ضم الظرف الى مظروفه فى البيع مانع آخر أو فقد شرط.

نعم إذا لم يكن الضم من قبيل بيع المظروف مع ظرفه بل من وزن الشيئين الموزونين معا و بيعهما بصفقة واحدة فان لم يحصل من بيعها كذلك غرر كما إذا كان كل منهما مساويا للآخر فى القيمة السوقية فلا إشكال فى صحة البيع لان الدليل على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۴

....

المنع اما النهى عن بيع الغرر و لا غرر فى البين على الفرض و اما ما دل على اعتبار الوزن و ظاهره اعتبار وزن مجموع المبيع لا وزن كل واحد من اجزائه التى ينحل إليها البيع و لو حصل من جمعهما فى البيع غرر كما إذا ضم قطعة الذهب الى قطعة الرصاص يبلغ وزن مجموعهما ألفا بصفقة واحدة مع جهالة وزن الذهب بأنه مأة أو مأتان يحكم ببطلان البيع للغرر لا لاعتبار الوزن.

أقول يحكم بصحة البيع فى الفرض ايضا على الأظهر لأن الغرر فى البيع مندفع بثبوت خيار الغبن و قد تقدم سابقا ان ما هو المعروف فى الألسنة من ان الخيار حكم للبيع الصحيح يتم فى الخيار الشرعى التأسيسى كخيار المجلس و الحيوان لا الإمضائى كخيار الشرط و يدخل فيه خيار الغبن على ما يأتى بل قيل كما عن الإيروانى (ره) بصحة البيع حتى مع إسقاط خيار الغبن فان المقام لا يزيد على بيع مالك الذهب ذهبة بقيمة الرصاص و لكنه ضعيف لان مع العلم بكون المبيع ذهبا و العلم بوزنه لا يكون بيعه بقيمة الرصاص غرريا لأخذ الجهالة فى معنى الغرر فلا يعمه النهى عن بيع الغرر كما لا يعمه ما دل على بطلان بيع الموزون بلا وزن بخلاف مسألة ضم الذهب الى الرصاص و بيعهما بصفقة واحدة فإن مع الجهل بمقدار الذهب منفردا يعمه النهى عن بيع الغرر.

و ايضا ما يذكر المصنف (ره) من ان المصاحب غير الموزون وزنه مع الموزون و بيعهما بصفقة صحيح فيما إذا كان المصاحب تابعا لا يمكن المساعدة عليه لان وزن المجموع يكفى فى موردين أحدهما فيما إذا كان كل من الشيئين موزونا و الثانى ما إذا كان فى المظروف الذى يتعارف تعيين وزنه عند بيعه بوزنه مع ظرفه و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۵

ثم ان بيع الظرف مع الظرف يتصور على صور (۱)

فى غير ذلك فلا موجب لرفع اليد عما دل على اعتبار الوزن فى بيع شىء يكون تعيين ماليته بالوزن و المفروض أنه الفضة دون الشمع.

(۱) صور بيع المظروف مع ظرفه أربع: الأولى ما إذا بيعا باعتبار انهما متاعين قد بيعا بصفقة واحدة نظير سائر الأمتعة المباعة بصفقة واحدة بحيث لو انكشف بطلان البيع بالإضافة إلى أحدهما يقسط الثمن عليهما بتقويم كل واحد منهما منفردا ثم يؤخذ بنسبة قيمة أحدهما إلى المجموع فإذا قيل بان الظرف قيمته دينار و المظروف قيمته دينار ان يؤخذ للظرف ثلث الثمن كما تقدم فى بيع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة.

الثانیة ما إذا بیع المظروف و الظرف بثمن علی ان یکون بعضه بإزاء المظروف علی وجه التسعیر بان یکون کل رطل منه بدینار و الباقی من الثمن بإزاء الظرف و لو ظهر الظرف أو المظروف مستحقا للغیر یعین ثمنه بالإندار.

الثالثة ان یباع الظرف و المظروف الموزنان معا باعتبار هما شیئا واحدا یباع علی نحو التسعیر و لو کان وزن المجموع عشرة أرطال یباع کل رطل من المفروض شیئا واحد بدینار بحیث لو کان وزن الظرف مفردا رطلین یکون ثمنه دینارین.

و الرابعة ان لا- یفرض المجموع شیئا واحدا بحسب التقویم بل یباع الرطل المرکب من المظروف و ظرفه بدینار و علی ذلک یکون تقسیط الثمن علی تقدیر الحاجة بحسب القیمة السوقیة لکل منهما منفردا مثلا لو کان وزن الظرف خمس وزن المجموع فلا یکون ثمنه خمس تمام الثمن کما فی الفرض الثالث بل بحسب قیمة الظرف منفردا و قیمة المظروف منفردا فلو کان قیمة الظرف مساویة مع تمام قیمة المظروف

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۶

[دفع المال إلی الغیر لصرفه علی طائفة]

و لم یحصل للمدفوع إلیه ولایة علی ذلک المال (۱)

یکون قیمة الرطل و هو الدینار أربعة أخماسه للظرف و ربعه للمظروف و المصنف (ره) قد ذکر هذه الصورة الثالثة بقوله لا- من المرکب من الظرف و المظروف لأنه إذا باع إلخ فتدبر.

(۱) و تفضیل الکلام فی المقام هو ان المال المدفوع الی الغیر لصرفه علی طائفة قد یکون بحیث للمدفوع إلیه ولایة ذلک المال من دون ولایة لدافعة کمال الامام (ع) أو المال المجهول مالکه المدفوع الی الحاکم الشرعی فیتصرف الحاکم فی المال المزبور علی ما یراه الوظیفة فیهما و لکن ثبوت الولایة کذلک فیهما للحاکم شرعی کلام و ذلک فان نصف الخمس بمقتضی الآیة المبارکة بملاحظة الروایات ملک للإمام (ع) و لو بعنوان الامام للمسلمین و له (ع) ولایة صرف النصف الأخر علی مواضعه بحیث لا یجوز لمن تعلق بماله الخمس المباشرة فی وضعه فی تلک المصارف کما هو ظاهر امره (ع) بإرسال الخمس الیه أو کون الخمس له مثل قوله (ع) خذ مال الناصب و ادفع إلینا خمسه و فی الصحیح عن علی بن محمد بن شجاع النیشابوری فوقع (ع) لی منه الخمس مما یفضل من مؤنته و فی صحیحة علی بن مهزیار من کان عنده شیء من ذلک فلیوصله إلی وکیلی و فی موثقة عمار عن ابی عبد اللّه (ع) فان فعل فصار فی یده شیء فلیبعث بخمسه الی أهل البیت الی غیر ذلک.

و علی ذلک فلو قیل بأن الولایة الثابتة للإمام (ع) تثبت للحاکم و الفقیه العادل فی زمان الغیبة تثبت له أیضا الولایة بالإضافة إلی سهم السادة بحیث لا یجوز للمکلف صرفه علی موارده بلا استیذان منه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۷

....

و اما بناء علی ما هو الأظهر من انحصار ولایته بموارد الأمور الحسبیة علی ما تقدم تفصیلها فیجوز للمکلف الاستقلال فی صرف ذلک السهم بدفعه إلی أربابها حیث ان مقتضی أصالة البراءة عدم اشتراط الاستئذان فی دفعه بعد کون مقتضی الآیة و الروایات ثبوت الخمس فی المال نعم لو طلب الفقیه المتصدی لتنظیم أمور المسلمین، السهم المزبور للصرف علی بعض مصارفه لضرورته و حبت الإجابة اطاعة أولی الأمر و لکن هذا لا یفید الاشتراط بحیث لو خالف المکلف و دفعه الی أربابها لم یجز کما لا یخفی.

و اما بالإضافة إلی السهم المبارک فبما ان المال المزبور ملک الامام (ع) و لا دلیل علی دخوله فی ملک الغیر فی زمان الغیبة ابتداء

حاكما كان أو غيره و لكن يعلم برضاه (ع) بصرفه فى مصالح نظير الحوزات العلميـة و الاحتفاظ بها و نشر أحكام الشرعية أصولا و فروعا و دفع بعض ضرورات الضعفاء من المؤمنين فيجوز للفقيه صرفه على هذه المواضع مع ملاحظة الأهم و المهم و إذا كان ملاك تصرفه علمه برضاه (ع) فان رضا الدافع بصرف ذلك المال على البعض المعين من تلك المواضع فلا بد للفقيه رعايته لو احتمل دخله فى رضاه (ع) نعم على القول بثبوت الولاية للفقيه مطلقا لا فى خصوص الأمور الحسبية فلا حاجة الى رعايته.

و اما المال المجهول مالكه فقد تعرضنا لحكمه فى بحث المكاسب المحرمة و انه يظهر من بعض الروايات ثبوت ولايته للإمام (ع) و لو قيل بثبوت هذه الولاية للفقيه العادل فيعمل فيه بما وظيفته و على ما ذكرنا من انحصاره ولايته بموارد الأمور الحسبية و انتظام نظام جامعة المسلمين فيعمل كل من وقع بيده المال المزبور بوظيفة المال من التصدق به بعد يأسه عن الظفر بمالكه بعد الفحص عنه أو قبله و احتمال اعتبار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۸

....

الاستيذان مدفوع بإطلاق الروايات الظاهرة فى أن الوظيفة فى المال المزبور هو التصدق فراجعها.

ثم انه ذكر (ره) فى المقام أى فيما كان المدفوع اليه من طائفة يصرف المال عليهم و لم يكن له ولاية فى ذلك المال صور ثلاث الاولى ما إذا علم بقرينة حالية أو مقالية إخراج الدافع المدفوع اليه من ذلك القبيل و عدم رضاه بأخذه من المال كما إذا عين له مقدارا قبل الدفع أو بعده ففى هذه الصورة لا يجوز للمدفوع إليه الأخذ منه لان المال المزبور ملك للدافع أو له ولاية فى دفعه و على كل تقدير فلا يجوز أخذه بلا رضاه.

الثانية ما إذا كان فى البين قرينة على رضاه بأخذ الدافع لنفسه ايضا فيجوز له الأخذ و لكن فيما إذا اختلف المقدار المعين للأصناف و لو من قبل الدافع فهل الميزان فى أخذ المدفوع اليه اعتقاده أو اعتقاد الدافع الأظهر التفصيل بين ان يكون تعيين الدافع على عنوان صنف على وجه الموضوعية فالمتبع إحراز المدفوع اليه و اعتقاده و بين كونه على وجه الداعوية فالمتبع اعتقاد الدافع و إحرازه.

و مراده (ره) من كون عنوان الصنف على وجه الموضوعية ان يكون التعيين للعنوان بنحو القضية الحقيقية فإنه يوكل فيها إحراز عنوان الموضوع فى الخارج الى المكلف كما إذا قال ادفع لكل مجتهد كذا و لكل مشتغل كذا و خذ أنت ما يخصك و من كونه على وجه الداعوية كون التعيين بنحو القضية الخارجية حيث ان تطبيق العنوان على الخارج فى التعيين بمفادها بعهدة الدافع و لكن لا يخفى انه كما يكون فى المجعول بنحو القضية الحقيقية الميزان نظر المدفوع إليه بالإضافة إلى الأخذ لنفسه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۹

....

كذلك يكون هو المتبع بالإضافة إلى تعيين كون فرد من أى صنف و كذا يكون المتبع فى المجعول بنحو القضية الخارجية نظر الدافع بالإضافة إلى المدفوع اليه و غيره.

الصورة الثالثة ما إذا لم تقم قرينة على رضا الدافع بأخذ المدفوع اليه لنفسه و لا عدم رضاه فهل يجوز له الأخذ لنفسه قيل لا مطلقا و قيل يجوز لنفسه مثل ما يعطى لغيره و قيل يجوز لو قال ضع هذا المال فى مواضعه أو ما يفيد ذلك و لا يجوز فيما لو قال ادفع المال أو أعطه و قيل بالجواز لو قال ضع هذا المال أو نحوه و اما إذا قال ادفعه أو أعطه فإن كان الدافع عالما بكون المدفوع اليه من القبيل فلا يجوز و ان لم يعلم به فيجوز للمدفوع إليه الأخذ لنفسه و استدل على المنع مطلقا بظهور اللفظ فى مغايرة المأمور بالدفع مع المعطى لهم المؤيد بما ورد فيمن و كله المرية فى تزويجها فأراد تزويجها من نفسه و فيمن و كله الآخر فى الشراء له فاعطى المتاع من

عنده و بصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج على ما فى التحرير قال سألته عن رجل أعطاه رجل ما لا ليقسمه فى محاويج أو مساكين و هو محتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه.

أقول دعوى ظهور كلام الدافع فى مغايرة المعطى لهم مع المدفوع اليه ممنوع فيما إذا كان توكيله فى تقسيم المال بنحو يفهم منه إيكال إحراز كون المعطى له من أى القبيل الى المدفوع اليه سواء قال ضع هذا لمال لكل مجتهد من البلد أو قال ادفعه اليه و مغايرة الموكل مع المعطى له كاف فى صدق الدفع و خصوصا فيما إذا كان المال المزبور من قبيل الزكاة المعتبر فيها مغايرة المكلف بالأداء مع المعطى لهم سواء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۷۰

....

كان أدائه بالمباشرة أو بنحو التوكيل و التسبيب.

و أما تأييد المنع بما ذكروا فى توكيل المرية من عدم جواز تزويج الوكيل المرأة من نفسه فلا يمكن المساعدة عليه فان المنع فى تلك المسئلة مورد الخلاف و قد ذكر جماعة جواز ترويج الوكيل المرأة من نفسها فيما كان توكيله بنحو العموم بل مع الإطلاق أيضا و ربما يستدل على المنع فيها بصحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع) فى حديث انه قال فى امرأة ولت أمرها رجلا فقال زوجنى فلانا فقال لا زوجتك حتى تشهدى أن أمرك بيدى فأشهدت له فقال عند التزويج للذى تخطبها يا فلان عليك كذا و كذا قال نعم فقال هو للقوم اشهدوا ان ذلك لها عندى و قد زوجتها من نفسى فقالت المرأة ما كانت أتزوجك و لا كرامة و لا امرى الا بيدى و لا وليتك امرى إلا حياء من الكلام قال تنزع منه و يوجع رأسه و لكن لا يخفى عدم دلالتها ما ذكر بل ظاهرها إنكار المرأة توكيلها إلا فى تزويجها من شخص معين قد كان خطبها قبل التوكيل أو بعده و انها قد وكلها لاستحيائها فى المكالمة مع ذلك الشخص فلا يدل على المنع فيما إذا اعترفت بأنها و كلته بنحو العموم أو الإطلاق بحيث يعم التوكيل الزواج من كل زوج كما هو المفروض فى المقام.

و ان استندوا فى المنع فى تلك المسئلة بموثقة عمار الساباطى قال سئلت أبا الحسن (ع) عن امراة تكون فى أهل بيت فتكره ان يعلم بها أهل بيتها أ يحل لها ان يوكل رجلا يريدان يتزوجها تقول له قد و كلتك فاشهد على تزويجى قال لا، قلت جعلت فداك و ان كانت أيما قال و ان كانت أيما قلت فان و كلت غيره بتزويجها منه قال نعم و لا يخفى ان مقتضاها عدم جواز توكيل المرأة رجلا فى تزويجها من نفسه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۷۱

....

و لو مع التصريح و لذا ذكروا ان المنع باعتبار عدم جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فى نكاح المتعة كما هو ظاهر السؤال أو مطلقا و هذا ليس مورد الكلام فى المقام و يحتمل قريبا ان يكون المنع يختص بما إذا كان المتولى لطرفى العقد زوجا و لا يعم توكيل الواحد من الزوجين فى إجراء العقد حيث يحتمل ان يكون ملاك المنع فى تولى الزوج دفع التهمة الناشئة من عدم الشاهد للعقد.

و اما التأييد بما ورد من انه ليس للوكيل فى الشراء إعطاء المتاع من عنده فهو ايضا مورد الخلاف لمعاوضة الأخبار الواردة فيه و بقرينة التعليل الوارد فى بعضها يكون مقتضى الجمع بينهما الحمل على الكراهة نعم فى رواية على بن سليمان قلت له الرجل يأتينى فيقول اشتر ثوبا بدينار أو أقل أو أكثر و اشترى له بالثمن الذى يقول ثم أقول هذا الثوب بكذا و كذا بأكثر من الذى اشتريته و لا أعلمه أنى ربحت عليه و قد شرطت على صاحبه ان ينقد بالذى أريد و لا أزد به عليه فهل يجوز الشرط و الربح أو يطيب لى شىء منه و هل

یطیب لی ان أربح إذا کنت استوجبته من صاحبه فکتب لا یطیب لک شیء من هذا فلا تفعله و لکن مع ضعف سندها ان المنع فیها باعتبار الغش فی البیع و إیهام انه اشتری الثوب من صاحبه له بنحو التوکیل بالثمن الأزید کما لا یخفی.

و یبقی فی البین صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج و مقتضی الجمع بینها و بین صحیحة الأخری و سائر الروایات الظاهرة فی الجواز هو حمل النهی فیها علی الکراهة و اما حمل الصحیحة المانعة عن الأخذ علی صورة کون العنوان المفروض لصرف المال داعیا لدافع المال بان یکون دفعه المال لقبیل بنحو القضیة الخارجیة المحضة و حمل المجوزة علی صورة کون الدفع بنحو القضیة الحقیقیة بأن یکون غرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۲

[خاتمة فی احتکار الطعام]

احتکار الطعام و هو کما فی الصحاح (۱)

الدافع صرف المال علی کل معنون بذلک العنوان من غیر خصوصیة لفرد دون فرد فلیس من الجمع العرفی.

و قیل بحمل المانعة علی ما إذا کان المال المدفوع ملکا لشخص الدافع کما هو ظاهر لفظ صاحبه و المجوزة علی ما إذا کان المال المدفوع من الحقوق کالزکاة و لکن هذا الحمل أیضا غیر صحیح لورود صاحبه فی الاخبار المجوزة أیضا و الأظهر جواز الأخذ لنفسه الا ان یعلم المدفوع الیه بعدم رضا الدافع بأخذه و علی تقدیر جواز الأخذ لا یختص جواز الأخذ بالمقدار المساوی لما یعطی لغیره کما هو القول الثانی من الأقوال المتقدمة فإن الظاهر و لا أقل من الاحتمال ان یکون ما فی قوله (ع) مثل ما یعطی لغیره مصدریة فیکون مفاده انه کما یجوز إعطائه للغیر یجوز الأخذ لنفسه ایضا و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) یقع الکلام فی الاحتکار بمعنی جمع الطعام و حبسه لتربص الغلاء یقع فی مقامین، الأول فی حکم الاحتکار من حیث الجواز و عدمه و الثانی فیما للحاکم و ولی المسلمین ان یفعله فی معالجة الاحتکار و دفع اضطرار الناس و اما الأول فمن الصدوق و الشیخ فی الاستبصار و ابن إدریس و القاضی و العلامة فی بعض کتبه عدم جواز الاحتکار فعلی مالک الطعام جعله فی معرض البیع مطلقا و عن الشیخ (ره) فی المبسوط و المقنعة و الحلبی و العلامة فی بعض کتبه جواز الاحتکار ما کان فی البین باذل یکفی بذله بحیث لا یقع مع حبسه الناس أو بعضهم فی الحرج فی تحصیل قوتهم و مع عدم وجود الباذل کذلک فیحرم و ذکر المصنف (ره) کراهة الاحتکار مع وجود الباذل و ادعی بأن الکراهة مسلم عند القائلین بالجواز و یحرم مع عدم الباذل و استدل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۳

....

علی ذلک بصحیحة سالم الحناط قال قال أبو عبد اللّه (ع) ما عملک قلت حناط و ربما قدمت علی نفاق و ربما قدمت علی کساد فحبست قال فما یقول من قبلک فیه قلت یقولون محتکر فقال یبیعه أحد غیرک قلت ما أبیع انا من الف جزء جزءا قال لا بأس انما کان ذلک رجل من قریش یقال حکیم بن حزام و قال إذا دخل الطعام المدینة اشتراه کله فمر علیه النبی (ص) فقال یا حکیم بن إیاک ان تحتکر «۱».

و صحیحة الحلبی عن ابی عبد اللّه (ع) قال سئل عن الحکرة فقال إنما الحکرة ان تشتری طعاما و لیس فی المصر طعام یباع فلا بأس ان تلتمس بسلعتک الفضل و فی صحیحة حماد قال و سالته عن الزیت فقال إذا کان عند غیرک فلا بأس بإمساکه و فی کتابه (ع) الی مالک الأشتر علی ما فی نهج البلاغة (فامنع عن الاحتکار فان رسول اللّه (ص) منع منه) و ظاهره الحکم الشرعی للاحتکار فی نفسه لا

الحكم ولاية كما هو مقتضى التعليل بان رسول اللّه (ص) قد منع منه خصوصا بملاحظة مثل صحيحة سالم الحناط المتقدمة.

و صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع) قال سئلته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك قال ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام و المراد بالكراهة هو التحريم حيث ان الكراهة بمعناها اللغوى يطلق على الكراهة الاصطلاحية و على التحريم و القرينة على إرادة الحرمة فى المقام ان الكراهة الاصطلاحية ثابتة فى احتكار الطعام مع الباذل بلا ريب فإنه موضع وفاق من القائلين بالجواز

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲- الباب ۲۸ من أبواب آداب التجارة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۷۴

....

فيكون مقتضى الشرطية الأولى انتفاء الجواز الكراهتى مع عدم سعة الطعام للناس و كان الشرطية الثانية تصريح بالمفهوم من الشرطية الأولى أضف الى ذلك انه لا يناسب الكراهة الاصطلاحية ترك الناس و لا طعام لهم كما لا يناسب شدة الكراهة.

أقول ثبوت الكراهة مع الباذل و سعة الطعام للناس لم يظهر له وجه معتبر لتكون الشرطية الثانية دالة على ثبوت التحريم نعم عدم مناسبة التعليل مع الكراهة بل مع الكراهة الشديدة صحيح ثم أيد (قده) التحريم مع عدم الباذل كفاية برواية المجالس بسنده عن ابى جعفر (ع) قال رسول اللّه (ص) أيما رجل اشترى طعاما فكبسه أربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع و لكن لا يخفى ما فى التأييد حيث انها ضعيفة سندا و دلالة اما من حيث السند فلوقوع على بن محمد الزبير فى سندها و كونه راويا لكتب بنى فضال لا يقتضى نقله هذه الرواية من كتبهم التى عرضوها للعسكرى (ع) و لا دلالة لقوله (ع) خذوا بما رووا أو ذروا ما رأوا على اعتبار كل رواية وجدت فى كتبهم حتى ما إذا كان اتصالها الى المعصوم (ع) بسند ضعيف بل مفاده ان فساد مذهبهم لا- يوجب ترك رواياتهم بل يعمل بها على طبق موازين العمل بالخبر الواحد و لذا لم يعهد من أحد الالتزام عند تعارض الخبرين بتقديم ما يكون فى سنده من بنى الفضال و بتعبير آخر لا- يزيد الكلام المزبور على ما ذكر الكشى فى حق جماعة من الإجماع على تصحيح ما يصح عنهم هذا مع ان فى ثبوت القول المزبور عن العسكرى (ع) تأملا.

و اما دلالة فلان مقتضى معتبرة السكونى جواز الاحتكار إلى أربعين يوما كما ان مقتضى صحيحة الحلبى المتقدمة جوازه بأكثر منه و لو كان ذلك بالتماس الفضل و الغلاء و أيد التحريم ايضا بما فى كتاب ورام بن أبى فراس عن النبى (ص) عن جبرئيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۷۵

....

قال اطلعت فى النار و رأيت واديا فى جهنم يعلى فقلت يا مالك لمن هذا قال لثلاثة للمحتكر و المدمنين للخمر و القوادين و بما ورد فى إجبار المحتكر على البيع كما فى موثقة غياث الآتية فإن الإجبار على البيع مع عدم حرمة الاحتكار بعيد و ينافى قاعدة تسلط الناس على أموالهم بخلاف ما حرم الاحتكار فإن الإجبار على تركه من الوالى داخل فى عنوان المنع عن المنكر.

أقول حرمة الاحتكار مع عدم باذل بقدر الكفاية مقتضى صحيحة سالم الحناط فان قوله (ص) لحكيم بن حزام ظاهر فى كونه تحذيرا أو نهيا شرعيا لا- بعنوان اعمال ولايته (ص) على الرعية لتنظيم اجتماعاتهم و أمورهم فإن حمل الأمر أو النهى على ذلك يحتاج إلى قرينة و الا كان الظاهر كونه بعنوان أنه الشارع خصوصا بملاحظة مثل ما فى موثقة إسماعيل بن زياد من قوله (ع) لا يحتكر الطعام الا خاطئ فإن النهى بالجملة الخبرية و التعبير عن المحتكر بالخاطئ الظاهر فى العاصى كقوله سبحانه لا- يأكله الا الخاطئون يناسب

التحریم و کذلک معتبرة السکونی المتقدمة فإنه و ان ورد فیها التحدید بالأربعین و ثلاثة أیام الا أنه کما یأتی بملاحظة ضرورة الناس و عدمها فی ذلک الزمان جمعا بینها و بین غیرها مما تدل علی عدم البأس بالحکرة مع سعة الطعام للناس.

و الحاصل انه لا دلیل علی کراهة الاحتکار فی الخصب بل ظاهر الروایات إباحته مع وجود الباذل بقدر الکفایة و عدم جوازه مع الشدة و عدم الباذل و لو لم یحصل حاجة الناس الی حد یوجب الاحتکار هلاک النفس منهم بالجوع و نحوه و علی ذلک فیکون التحریم کذلک خلاف الأصل و بتعبیر آخر المراد بضرورة الناس

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۶

....

الی الطعام لیس الاضطرار الموجب لبذل الطعام إلیهم لإنقاذ أنفسهم عن الهلاک بل المراد حاجتهم الیه بحیث یکون حبسه عنهم موجبا لوقوعهم فی الضیق و الصعوبة کما هو ظاهر قوله (ع) و ان کان الطعام قلیلا لا یسع الناس فإنه یکره ان یحتکر و ترک الناس لیس لهم طعام و فی صحیحة حماد و سالته من الزیت فقال إذا کان عند غیرک فلا بأس بإمساکه فإن تصویر الاضطرار الموجب للبذل مجانا أو مع العوض فی الزیت غیر واقع أو نادر جدا.

و علی ذلک فیقع الکلام فی موارد الاحتکار و لا خلاف فی کون الغلات الأربع من موارده و کذا السمن و المشهور علی اضافة الزیت و عن بعض اضافة الملح ایضا و فی موثقة غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهما السلام لیس الحکرة إلا فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزبیب و السمن و الزیت و نحوها روایة السکونی و غیرها و اما الملح فلم یرد فی روایة و استفادته من فحوی التعلیل الوارد فی بعض الروایات علی ما ذکر المصنف (ره) لا یمکن المساعدة علیها فان قوله (ع) فی صحیحة الحلبی فإنه یکره ان یحتکر الطعام و یترک الناس لیس لهم طعام لا یستفاد منه الا عدم جواز حبس الطعام مع حاجة الناس الیه.

لا یقال قد ورد المنع عن احتکار الطعام فی الروایات المعتبرة و تحدید موارد الاحتکار بالغلات الأربع لکونها الطعام الغالب فی ذلک الزمان نظیر تحدید الاحتکار فی الخصب بأربعین یوما و الشدة بالثلاثة و علی ذلک فلو کان الطعام الغالب فی زمان آخر فی البلاد أو بعضها غیر تلک الغلات أیضا کالأرز بالإضافة إلی عصرنا الحاضر و الذرة فی بعض البلاد فلا یبعد الأخذ بما ورد فی احتکار الطعام من المنع و الالتزام بعدم جواز احتکاره مع حاجة الناس الیه و لذلک ذکر بعض الفقهاء بأنه لا یبعد تحقق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۷

الثانی روی السکونی (۱)

الاحتکار المحرم فی کل ما یحتاج إلیه عامة أهالی البلد من الأطعمة کالأرز و الذرة بالإضافة الی بعض البلاد.

فإنه یقال لم یظهر ان الطعام فی تلک الروایات بمعنی ما یطعم به المعبر عنه ب (غذا) بل من المحتمل جدا ان یکون بمعنی الحنطة کما هو الشائع فی استعماله بحیث ذکر انه أحد المعنیین له بل یظهر کونه المراد من صحیحة سالم الحناط و علی تقدید کونه بمعنی ما یطعم به یکون ظاهر التحدید فی مثل موثقة غیاث بن إبراهیم حاکما علی الإطلاق و ینحصره بالغلات و کیف یمکن المساعدة علی الدعوی المزبورة مع ان الأرز و الذرة کانا فی زمان الأمة من القوت الغالب کما یظهر ذلک بملاحظة بعض ما ورد فی انحصار الزکاة الفریضة بالغلات و مع ذلک ذکر (ع) بأنه لیس الحکرة الا من الحنطة و الشعیر و التمر و الزبیب و السمن و الزیت و لا یقاس ذلک بتحدید الاحتکار فی الخصب بأربعین یوما حیث ان الحمل المزبور فیه مقتضی الاستشهاد علی الجواز و تعلیل المنع فی الروایات فلا حظ.

(۱) حاصله انه قد ورد فی معتبرة السکونی عن ابی عبد اللّه (ع) جواز الاحتکار فی أیام الخصب بأربعین یوما و فی الشدة بثلاثة أیام

قال الحكرة فى الخصب أربعون يوما و فى الشدة ثلاثة أيام فما زاد على الأربعين يوما فى الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد على ثلاثة أيام فى عسرة فصاحبه ملعون و يؤيد تحديد الجواز بأربعين يوما رواية أبى مريم المروية فى مجالس الاخبار عن ابى جعفر (ع) قال قال رسول اللّه (ص) أيما رجل اشترى طعاما فكبسه أربعين صباحا يريد غلاء المسلمين ثم باعه و تصدق بثمنه لم يكن كفارة ما صنع و حكى عن الشيخ و القاضى و ابن حمزة قد سر هم العمل بمضمون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۷۸

....

معتبرة السكونى و ذكر الشهيد (ره) ان الأظهر تحريم الاحتكار مع حاجة الناس و مظنة الحاجة مضى أربعين يوما فى الخصب و ثلاثة أيام فى الغلاء و أعقب (ره) على ذلك بان تحديد انتفاء الجواز عن الاحتكار بحاجة الناس كما عن المقنعة و غيرها حسن و كذا حمل معتبرة السكونى على حصول الحاجة فى الخصب بالأربعين و ان الأربعين كان مظنتها فى الخصب و الثلاثة فى الشدة و لذا لا يكون التحديد المزبور تحديدا شرعيا.

أقول ما ذكر المصنف (ره) من تأييد تحديد الجواز بالأربعين يوما فى الخصب و فى الشدة بثلاثة برواية المجالس عجيب فان ظاهر المعتبرة جواز الاحتكار بأربعين يوما و انما يحرم بعد ذلك و ظاهر رواية المجالس انه حبس الطعام و احتكار بأربعين يوما حرام من غير فرق بين أيام الخصب أو الشدة و أنه لا بد قبل انتهاء الأربعين من جعل الطعام فى معرض البيع فكيف يكون الثانى مؤيدا للمستفاد من المعتبرة و من هنا يظهر انه لا يمكن الأخذ بظاهر المعتبرة باعتبار معارضتها بصحيحة إبراهيم بن عبد الحميد عن ابى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام الظاهرة فى عدم جواز الاحتكار بأربعين يوما بلا فرق بين أيام الخصب و الغلاء قال رسول اللّه (ص) فيها فى عداد المكاسب المكروهة و اما الحناط فإنه يحتكر الطعام على أمتى و لئن يلقى اللّه العبد سارقا أحب الى من ان يلقاه سارقا قد احتكر الطعام أربعين يوما فان ظاهره لزوم جعل الطعام فى معرض البيع قبل انقضاء أربعين يوما بلا فرق بين أيام الخصب و الضيق و ظاهر المعتبرة عدم لزوم ذلك و انما يلزم بعد انقضاء أربعين يوما هذا أولا و ثانيا قد تقدم ان التحديد المزبور لا يناسب الجواز الوارد فى صحيحة سالم الحناط و غيرها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۷۹

الثالث مقتضى ظاهر صحيحة الحلبى (۱)

---

(۱) الظاهر من صحيحة الحلبى فى بدو النظر انحصار عدم جواز الاحتكار بما إذا كان تملك الطعام و نحوه بالشراء و أنه إذا كان حبس الطعام المشترى لغرض الاسترباح فلا بأس به مع عدم حاجة الناس و ضرورتهم و لا يجوز ذلك الحبس مع الحاجة و الضرورة و هذه الصحيحة ناظرة إلى تحديد الاحتكار المحرم فيرفع اليد بها عن إطلاق سائر الروايات و عن بعض العامة و الخاصة اختيار ذلك و لكن ذكر المصنف (ره) انه يرفع اليد عن خصوصية التملك بالشراء بقرينة التفريع على الحصر يعنى قوله (ع) فان كان فى المصر طعام يباع فلا بأس ان يلتمس بسلعتك الفضل فان مفهوم التفريع عدم جواز انتظار الفضل بالسلعة مع عدم وجود الطعام للناس سواء كان تملك السلعة بالشراء أو بالزرع أو الإرث أو غير ذلك و يؤيد عدم الانحصار تفسير الاحتكار فى كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء كان الجمع و الحبس جمعا خارجيا بالزرع أو بالشراء و نحوه نعم يحتمل ان يراد بالجمع فى كلامهم الجمع فى الملك أى التملك بالشراء و يؤيد أيضا عدم الانحصار التعليل الوارد فى صحيحة الأخرى من قوله (ع) فإنه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام فان مقتضاه عدم جواز الاحتكار مع حاجة الناس فى جميع ما ذكر و حتى فيما إذا اشترى الطعام لحاجة غير التجارة و زاد عن حاجته فحبسه ليبيعه أيام الغلاء.

أقول لعل التعبير بالتأييد فى كلام أهل اللغة و فى التعليل باعتبار انه لا اعتبار بهما مع تمام ظهور الصحيحة فى الانحصار حيث انها لدلالتها على تحديد الاحتكار المحرم تكون حاكمة على المطلقات فالعمدة التكلم فى تمام ظهورها و عدمه و لا يبعد كون ذكر الشراء للغلبة فإن تملك الطعام فى الأمصار يكون به غالبا كما ان قيد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۰

الرابع أقسام حبس الطعام كثيره (۱)

المصر باعتبار ان أهل الأمصار فى معرض الحاجة و الاضطرار غالبا فتدبر.

و اما دعوى كون التفريع قرينة على التعميم فإنه لو كان الشراء دخيلا فى الاحتكار المحرم لذكر فيه فان كان فى المصر طعام أو لم تشتريه فلا بأس ان تلتمس فلا يمكن المساعدة فيه فان ذكر السلعة يمكن كونه قرينة على فرض الشراء مع ان التفريع بمعنى ذكر بعض المفهوم أمر متعارف.

(۱) قد تقدم حرمة الاحتكار مع حاجة الناس و ذكر (قده) فى هذا الأمر تحقق الاحتكار بتملك الطعام و حبسه مع ضرورة الناس و حاجتهم اليه و تملكه الاختيارى لغرض حبسه تارة و لغرض آخر كالاتجار به اخرى و إذا كان غير اختيارى كالانتقال إليه بالإرث فلا مورد للغرض فيه و حبس الطعام يكون الغرض منه تقليل الطعام إضرارا بالناس فى أنفسهم تارة و الإضرار فى أموالهم المعبر عنه بحصول الغلاء اخرى و يكون الغرض من الحبس ثالثة عدم الخسارة من رأس ماله من دون حصول الإضرار بالناس فى أنفسهم و أموالهم كما يتفق ذلك فى الغلاء العارض الحاصل بورود عسكر أو زوار فى البلد و توقفهم فيه يومين أو ثلاثة فيحدث فى تلك الأيام عزة و لكن لا يضر بأهل البلد فى أنفسهم و أموالهم.

هذا كله فيما إذا كان حبسه موجبا لحصول الغلاء و اما إذا لم يوجب حبسه الغلاء كما إذا كان الغلاء لقلة الطعام فى آخر السنة سواء حبس هذا الشخص هذا الطعام أم لا و يكون حبسه فى هذه الصورة لتحصيل الربح بعد الغلاء أو لإعانة المضطرين فى تلك أيام حاجة الناس الى الطعام اما لقوتهم أو للبذر أو علف دابتهم أو للاسترباح بان يبيعوا بالثمن الزائد بعد شرائهم و على الخبير البصير استخراج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۱

....

أحكام كل من الأقسام و تمييز قسم المباح أو المستحب أو الواجب من الاحتكار الحرام.

أقول حبس الطعام الموجب للغلاء المستلزم لحاجة الناس و اضطرار هم الى الطعام غير جائز سواء أريد بالحبس الإضرار بهم فى أنفسهم أو زيادة الربح أو عدم الخسارة فى رأس ماله أخذا بقوله (ع) و يترك الناس ليس لهم طعام و المفهوم من قوله (ع) فان كان فى المصر طعاما غيره فلا بأس ان يلتمس بسلعتك الفضل و قاعدة نفى الضرر لا تنفى الحرمة فيما إذا كان فى الاحتكار إضرار الناس و الخلاف فى الامتنان لهم.

نعم إذا كان الحبس المزبور لغرض اعانة الزوار أو العسكر مما يعدل الفعل معه إحسانا إليهم فلا يبعد دعوى انصراف الأخبار المانعة عنه كانصرافها عما إذا كان الحبس لقوت نفسه و عياله لو قيل بدخوله ذلك فى عنوان الاحتكار و فى صحيحة معمر بن خلاد انه سأل أبا الحسن (ع) عن حبس الطعام سنة فقال أنا أفعله يعنى بذلك إحراز القوت و نحوها غيرها و اما إذا لم يكن حبسه موجبا للغلاء فان كان الغلاء حاصلا فعلا- بسبب آخر فلا يجوز الاحتكار ايضا لما ذكر إلا إذا كان حبسه و تأخيره فى البيع مما يعد إحسانا على مثل الزوار و المضطرين و اما إذا لم يكن بالفعل غلاء بل يحدث مستقبلا فيجوز الاحتكار الى ذلك الزمان كما هو ظاهر الاخبار المجوزة

و المراد بحاجتهم و اضطرارهم هو الاضطرار الی الطعام لاكلهم و اما اضطرارهم فی البذر أو علف الدابة فوجوب البیع فیه دائر مدار توقف الزرع و تحصیل القوت للناس الواجب كفایة علی المكلفین علی البیع المزبور و عدمه فلا حظ و تدبر و اللّه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۲

....

سبحانه هو العالم.

ثم لا- یخفی ان ما ذكر من اختصاص حرمة الاحتكار بموارد خاصه و ان مقتضی الحصر الوارد فیها جوازه فی غیرها و لو مع حاجة الناس لانه لا یجب علی مكلف قضاء حاجة الآخرین نعم قضاء حاجة المؤمنین و إعانتهم فی أمر دینهم و دنیاهم مرغوب الیه قد ورد فیه روایات كثیرة جدا متفرقة فی أبواب مختلفة من أبواب فعل المعروف و فی معتبرة السكونی عن ابی عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) من أصبح و لم یهتم بأمور المسلمین فلیس بمسلم و نحوها و غیرها و بما ان الإسلام قد حدد فی الأدلة بالشهادتین فیعلم ان المراد بها نفی كماله و ان الاهتمام بأمر المسلمین أمر مطلوب من المسلم.

هذا كله فیما لم یوجب الاحتكار فی سائر الأموال الاختلال و الهدم فی السیاسة الشرعیة لبلاد الایمان و الا فكل فعل أوجب الاختلال و الهدم المزبور و تهیأت به البلاد لسیطرة الفساق و الكفار علیها و علی المؤمنین فلا یجوز سواء كان بالاحتكار أو بالإضرابات أو بغیرها لما تقدم فی بحث ولایة الفقیه ان اقامة السیاسة الشرعیة و التصدی لتنظیم أمر بلاد المؤمنین من أول الأمور الحسبیة و أهمها و لذا یجب علی السائرین اعانة المتصدی بما یتوقف علیه تلك الإقامة علی تفصیل تقدم فی بحث ولایة الفقیه و علی ذلك فلو أحرز ان الفعل الفلانی هدم لتلك الإقامة أو مشاركة فی الهدم فلا یجوز.

و اما الكلام فی المقام الثانی أی مقدار ولایة المتصدی لتنظیم أمور البلاد و اقامة السیاسة الشرعیة فیها فلا ریب فی ان له إلزام المحتكر علی بیع السلعة سواء كانت مما یحرم الاحتكار فیها مع حاجة الناس و ضرورتهم بعنوانه أو سائر الأموال فیما كان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۳

....

احتكارها موجبا للاختلال فی نظم البلاد أو انهدام السیاسة الشرعیة فیها بحیث تكون البلاد عرضة للفساد الموجب لسیطرة الفساق أو الكفار علیها حتی و لو لم یعتقد المحتكر كون احتكاره كذلك و الوجه فی ذلك كون التحفظ علی نظام البلاد و عدم تعرضها للفساد الموجب لما ذكر أهم من رعایة سلطنة المالك و اختیاره فی بیع ماله أو حبسه بل یمكن دعوی وجوب طاعة ذلك المتصدی فی امره ببیع السلعة و ترك احتكارها لما تقدم فی بحث ولایة الفقیه من دخول الفقیه و المتصدی لما ذكر و كذا الوكیل الأمین من قبله فی عنوان اولو الامر فی جهة تنظیم سیاسة البلاد فیجب اطاعة أمره فی تلك الجهة.

و الحاصل انه لو أمكن الإلزام القولی بالأمر و النهی فهو و الا- فللمتصدی إلزام المحتكر بالبیع و ترك الاحتكار بالمنع العملی لأن المنع العملی عن المنكرات مشروع عن المتصدی الشرعی لأمور البلاد و یؤید ذلك ما ورد فی كتابه (ع) الی المالك الأشتر فامنع من الاحتكار فان رسول اللّه (ص) منع منه الی ان قال فمن قازف حكرة بعد نهیك إیاه فنكل و عاقب من غیر إسراف و الوجه فی التعبیر بالتأیید إمكان دعوی ظهور المنع فی القولی بقرینة الاستشهاد بمنع رسول اللّه (ص) و ان الشیخ و ان ذكر ان له الی العهد سند صحیح الا ان تضمن ما وصل الی الشیخ ره بتمام ما فی نهج البلاغة قابل للمناقشة و ان لا یبعد ذلك و الا لتعرض الشیخ (ره) و لو فی بعض كتبه للعهد و ان الواصل الیه هكذا و أما إذا لم یكن الاحتكار فی سائر الأموال موجبا لما ذكر من الاختلال أو الفساد فأقامه الدلیل علی وجوب اتباع الأمر و النهی عن الفقیه المتصدی فضلا عن غیره من الفقیه العادل مشكل فإنه لا بد من إثبات نفوذ الحكم الابتدائی

أو إثبات وجوب طاعة المتصدى لنظام البلاد مطلقا.

ثم ان جواز إجبار المحتكر على ترك الاحتكار و بيع السلعة فى موارد حرمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۴

....

الاحتكار مجمع عليه كما عن جماعة حتى عند القائلين بكراهة الاحتكار فى تلك الموارد و هذا الإجبار عندنا داخل فى عنوان المنع عن المنكر و لكن المشهور عدم جواز التسعير على المحتكر و عن المقنعة انه يسعر عليه بما يراه الحاكم و لا يبعد عدم الجواز لموثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام ان رسول اللّه (ص) مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الأسواق الى ان قال فقيل لرسول اللّه (ص) لو قومت عليهم فغضب رسول اللّه (ص) حتى عرف الغضب فى وجهه فقال انا أقوم عليهم انما السعر الى اللّه يرفعه إذا شاء و يخفضه إذا شاء و ظاهرها نفيه (ص) ولاية التسعير عن نفسه من غير فرق بين الطعام و غيره نعم يجوز للحاكم الشرعى المتصدى للإجبار على تنزيل السرع فيما إذا طالب المالك سعرا لا يتمكن المحتاجين.

على الشراء بذلك السعر و اللّه سبحانه هو العالم.

الى هنا انتهى الجزء الثالث من مباحث البيع و ما يتعلق بها بقلم مؤلفه جواد بن على عفى عنهما و يتلوه الجزء الرابع فى بحوث الخيارات و الحمد للّه رب العالمين.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

[الجزء الرابع]

اشارة

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۷

[الخيارات]

[مقدمتان]

[الأولى الخيار لغة اسم مصدر]

الخيار لغة اسم مصدر (۱).

---

(۱) ذكره (قده) ان الخيار اسم مصدر من الاختيار و لعل مراده انه فيما لوحظ قيام السلطنة على فعل بفاعله فيطلق عليه الاختيار و ان لو حظ تلك السلطنة بنفسها مع قطع النظر عن جهة قيامها بفاعله فيقال له الخيار ثم ذكر انه يطلق فى كلمات جماعة على ملك فسخ العقد على ما فى الإيضاح و هذا من التعريف بالأعم فإنه يدخل فيه السلطنة على الفسخ فى العقود الجائزة و جواز إبطال المالك عقد الفضولى الجارى على ماله و ملك الوارث فسخ العقد الذى أجرى المورّث على الزائد على الثلث بناء على عدم نفوذ تصرفاته

المنجزة فیما زاد علی الثلث کما یدخل فیه ملک العمّة و الخالة فسخ النکاح الجاری علی بنت الأخ أو الأخت مع انه لا یطلق علی شیء من ذلک الخیار اصطلاحا لان الخیار حق یترتب علی العقد التام و ملک الفسخ فی تلک الموارد لیس بحق أو ان العقد فیها غیر تام.

و ایضا یدخل فی التعریف ملک الأمة بعد عتقها فسخ نکاحها السابق من عبد و کذلک ملک الزوجین فی فسخ النکاح من العیوب و لکن مع ذلک یمکن ان یقال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۸

....

انّ التّعبیر عن الخیار بملک فسخ العقد لا بالقدرة علی الفسخ ظاهر فی کون جواز الفسخ فی الخیار من قبیل الحق و لذا یورث و یسقط بالإسقاط فلا یعمّ ما إذا کان الجواز من قبیل الحکم کما فی جواز الفسخ فی العقود الجائزة بالذات و الإجازة و الرد فی عقد الفضولی فإن هذا الجواز حکمی و لذا لا یقبل الإسقاط أو الإرث.

ثم تعرّض (ره) لما ذکر صاحب الجواهر (ره) من ان الخیار ملک إقرار العقد و إزالته و أورد علیه بأنه ان أرید من إقرار العقد ترک فسخه یکون ذکر الإقرار زائدا لأنّ السلطنة علی فسخ العقد و التمکن علیه کالتمکن علی سائر الأمور لا یتعلق بأحد الطرفین و الّا کان اضطرارا و ان أرید من إقراره جعله لازما بحیث لا ینفسخ فمعناه ان الخیار ملک إسقاط الخیار و فسخ العقد و من الظاهر ان إسقاط الخیار لا یدخل فی معنی الخیار و لا یؤخذ فی تعریفه لانه من أحکام الخیار و آثاره، هذا أوّلا.

و ثانیا إقرار العقد ظاهره ما یقابل فسخ العقد بجعله لازما مطلقا و علیه فینتقض بالخیار المشترک کخیار المجلس فإن إسقاط الخیار من أحدهما یکون إلزاما للعقد من طرفه لا مطلقا.

أقول: لو صحّ انتقاض التعریف بالخیار المشترک علی ما ذکر لصحّ انتقاضه بالخیار المتعدد فی العقد الواحد حیث ان إسقاط أحد الخیارین لا یکون إلزاما لذلک العقد مطلقا بل لا یکون إلزاما له من ناحیته أیضا فإن مشتری الحیوان لو أسقط خیار مجلسه مع ثبوت خیار الحیوان له إلی ثلاثة أیام فلا یکون فی إسقاط المزبور إلزام للعقد من ناحیته ایضا نعم یکون إلزام من ناحیة ذلک الخیار الساقط.

و ذکر السید الیزدی (ره) ان الاختیار بمعناه اللغوی یتعلق بالفعل لا بالعین و کذلک معناه الاسم المصدری و إذا قیل له اختیار الفعل الفلانی فیراد منه اختیار التصرف، و لعل حذف المتعلق و اسناد الاختیار الی العین باعتبار کون التصرفات

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹

....

أو معظمها فی اختیاره نظیر اسناد التحریم الی العین و حیث ان الفسخ أحد الأفعال فیکون تغلیب علی خیار الفسخ من قبیل تغلیب المطلق الی بعض أفراده.

و ناقش بعض الأجلّة (دامت أیّامه) بأن إطلاق الخیار علی خیار الفسخ لا یکون من باب تغلیب المطلق فی بعض افراده و ذلک فان الاختیار و ان یتعلّق بالفعل لا بالعین الّا انه أمر تکوینی یکون من صفات النفس أو من أفعالها حیث ان الفعل الاختیاری له مباد من التصور و التصدیق بالفائدة ثم الترجیح ثم الاصطفاء أی الانتخاب ثم الاشتیاق فی بعض الموارد ثم الإرادة و هی تصمیم العزم و لعل الاشتیاق مقدم علی الاصطفاء و کل من هذه المبادی غیر الآخر فما قیل من ان الإرادة هو الشوق المؤکد أو ان نسبة الإرادة إلی القدرة نسبة التمام و الفعلیة إلی النقص أو القوة أو ان الاصطفاء هو الفعل خارجا لا یمکن المساعدة علیه فإنّه قد یتحقق القدرة التامة و لا

توجد الإرادة و قد لا توجد القدرة مع تحقق الإرادة كما لو تخيّل انه متمكن على الفعل الفلانى فأراد.

و الحاصل: ان الاصطفاء المعبّر عنه بالاختيار صفة للنفس أو من أفعالها فما يقال من ان الفعل الفلانى مراد و مقدور و مختار كل ذلك لا يدلّ على وحدتها، بل يكون من قبيل انطباق المفاهيم المتعددة على الموجود الخارجي.

و بتعبير آخر ان الاصطفاء يعنى الاختيار غير الإرادة و مقدمة عليها و على الإيجاد و لا دلالة فى مثل قوله سبحانه وَ اخْتارَ مُوسىٰ قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا على ان الاختيار عين التعيين الخارجى فإنه يصحّ ان يقال انه اختار التعيين و اصطفاه فيكون الاختيار غير التعيين ثم انه لا يكون الاصطفاء و الاختيار اعتباريا أصلا بخلاف الخيار المراد فى المعاملات فإنه سواء كان إمضائيّا كخيار الشرط أو تأسيسيّا كخيارى المجلس و الحيوان أمر اعتبارىّ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۰

....

لا يقال كيف لا يكون الاختيار اعتباريا فإنه إذا جعل شخص حاكما لبلد فيجعل له اختيار أىّ شىء فى ذلك البلد فإنه يقال لا يكون الاختيار اعتباريا بل الاعتبارى هو حق الاختيار و الاصطفاء و بعد ثبوت هذا الحق يكون الاختيار حقيقيا و على ذلك فاختيار الفسخ فى موارد ثبوت الخيار حقيقى فاختياره متفرع على ثبوت الخيار فلا يكون الخيار فى المعاملات من قبيل تغليب المطلق الى بعض افراده كما عن السيد اليزدى (ره) بل الخيار فيها أمر مباين للمعنى اللغوى للاختيار فان الاختيار نفس الاصطفاء و الخيار حق الاختيار و على ذلك فليس الخيار اختيار فسخ العقد و ملكه بل هو حق اختيار فسخ العقد فلا يرد على ما ذكرنا ما يورد على تفسير الفخر حيث ان لازم التفسير المزبور ان لا يثبت الخيار فى المعاملات على القصر فإنه لا يتصور منهم اختيار فسخ العقد أو لا ينفذ منهم ذلك الاختيار بخلاف ما إذا قلنا بان الخيار حق الاختيار فان الحق المزبور يثبت للقصر ايضا و يستوفيه أوليائهم لقصورهم.

أقول: يقع الكلام فى جهتين الأولى فى الاختيار الثابت للفاعل المختار و الثانية فى ان الخيار فى المعاملات مباين للاختيار فيها أو ان اختلافهما فيها بالمعنى المصدرى و الاسم المصدرى فنقول فى الجهة الأولى ان الاختيار يطلق على إيجاد الفاعل و تعيين أحد طرفى الشىء خارجا بالتمكن عليه نظير ما يقال انه اختار الكفر أى كفر أو العلم أى علم أو قتل فلان أى قتل الى غير ذلك و من هذا القبيل قوله سبحانه (وَ اخْتارَ مُوسىٰ قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا) أى عيّنهم و يطلق على نفس التمكن على الشىء و القدرة عليه فيقال له اختيار شرب الخمر أو الأكل أو القتل و نحو ذلك و من هذا القبيل إطلاق المختار على المتمكن فى مقابل إطلاق العاجز على غير المتمكن و الفاعل بالاضطرار فى مثل قوله النار أحرقه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۱

....

ثم انه يكفى فى تحقّق الاختيارى مقابل الاضطرارى مجرد التمكن عليه بمعنى عدم الحاجة الى إرادة ذلك الفعل و القصد إلى إيجاده فلاحظ هدم بيت من غير التفات من الهادم ان فى البيت انسان يموت بهدمه فإنه لو هدمه يستند قتل الإنسان المزبور الى الهادم فيقال انه قتله باختياره باعتبار انه كان متمكنا على عدم قتله و لو بعدم هدم البيت نعم بما انّ القتل تحقق فى الخارج بلا قصده و إرادته يكون القتل خطائيا.

و الشاهد لكون القتل المزبور اختياريا تمكن الفاعل على تركه و انه يصحّ للشارع العقاب على ذلك القتل فيما إذا أوجب التحفظ عليه من الخطأ كما إذا قال و ان قتلت إنسانا أعاقبك على ذلك القتل فمع وصول هذا الخطاب اليه لو نسى انّ فى البيت المزبور إنسانا فهدمه و قتل الإنسان فيصحّ ان يعاقبه على ذلك القتل لكونه متمكنا على التحفّظ بترك الهدم و على التحفظ بذكره بان فى البيت

إنسانا و هذا هو المراد فى حكايته سبحانه عن نبيّه (ص) ليلة المعراج (رَبَّنا لا تُؤاخِذْنا إِنْ نَسِينا أَوْ أَخْطَأْنا)، و لكن لا يمكن للشارع ان يعاقب البالغ العاقل على تحيّزه المكان فيقول له انّى أعاقبك على كونك فى مكان و السرّ فى ذلك الإنسان بالإضافة إلى الكون فى المكان فاعل بالاضطرار، فلا يصحّ العقاب على فعل لا يستند الى اختيار الفاعل و تمكّنه.

فالمتحصّل ان المصحّح للفعل الاختيارى تمكن الفاعل عليه و الإيجاد بالتمكن لا يتوقف على الإرادة و القصد فلا يكون لحاظ الفعل و التصديق بصلاحه و ميل النفس و الإرادة علة للفعل أو من مبادئ العلة أصلا نعم الفعل العمدى يتوقف بعد التمكن على الإرادة و يعبّر عنها بالقصد و العزم و الجزم و الاختلاف فى التعبير نظير اختلاف التعبير عن زيد بالإنسان و البشر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۲

....

و الحاصل ان الفعل الاختيارى العمدى يتوقف على القصد و الإرادة الموقوفة على لحاظ ذلك الفعل و امّا التصديق بصلاحه و ميل النفس و شوقها اليه فقد لا- يكون من مبادئ الإرادة و القصد كما إذا كان الفعل من الفاعل حياء أو تقيّة أو نحو ذلك، نعم الفاعل المختار الحكيم لا يفعل بلا إحراز صلاح ذلك و هذا أمر آخر و التأمل فى الأفعال الصادرة عنّا و المراجعة إلى الوجدان عند الفعل و تمييز موارد إمكان ترتب العقاب عن غير مواردها شاهد قطعى لما ذكرنا فتدبّر.

ثم ان الفسخ عبارة عن حلّ العقد و إلغائه و هذا الحل و الإلغاء أمر إنشائى اعتبارى بلا ريب و لم يختلف فيه اثنان و إذا فرض الفسخ بعد البيع فإنشاؤه لا- يختلف بين أن يكون له خيار الفسخ أو لم يكن. و الحاصل التمكن الواقعى على إنشاء فسخ المعاملة و إلغائه حاصل كان له خيار أم لا- غاية الأمر الحل و الإبطال المنشأ قد يكون مع التزام صاحبه به عند المعاملة و قد يكون لا مع التزامه و كذلك الشارع قد يمضى الحل و الإلغاء منه و قد لا يمضيه و عليه فان كان حلّه و إلغائه ممضى عند الشارع يكون تمكنه على الفسخ شرعيّا ايضا و ان لم يقبل الشرع ذلك الحل و الإلغاء لم يتمكن على الفسخ الشرعى أى لا يكون إلغائه العقد مورد إمضاء الشارع فالمراد بالخيار فى المقام هو التمكن على الفسخ الذى يقبله الشرع و يمضيه و كون الفسخ مورد قبول الشرع و إمضائه بأحد أمرين:

الأول: أن يلتزم فى المعاملة طرفه بالفسخ إذا صدر عنه و يكون هذا الالتزام من الطرف مورد إمضاء الشرع كما هو مفاد قوله (ص): (المؤمنون عند شروطهم)، أو قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على ما يأتى.

الثانى: ان يعتبر الشارع فسخه بان يمضيه ابتداء أى من غير التزام من طرفه فى المعاملة فيكون الخيار الثابت فى حقه تأسيسا، و الحاصل ان التمكن و الاختيار من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۳

....

كل من المتعاملين على فعل نفسه و هو إلغاء العقد حقيقى و إذا لم يكن الإلغاء مورد الإمضاء الشرعى بأحد نحوين لا يكون الاختيار و الخيار فيه شرعيين و إذا وقع مورد الإمضاء كما هو المراد بالخيار فى المقام يكون التمكن المزبور على الفسخ شرعيا فالخيار الشرعى هو التمكن على فسخ يكون ممضى للشارع و لو عبّر عن هذا التمكن بجواز الفسخ فليس المراد الجواز التكليفى فإنه لا يحتمل حرمة إنشاء الفسخ بل المراد جوازه الوضعى نظير ما يقال فى حلية البيع المستفاد من قوله سبحانه (أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) بمعنى انه إذا وقع بيع يكون ذلك مورد إمضاء الشرع، فالجواز الوضعى الثابت لفسخ أحد المتعاملين أو كلاهما يكون مطلقا تارة أى غير مقيد بعدم الالتزام فى المعاملة أو بعدها بترك الفسخ و إبقاء العقد بحاله فيكون جواز الفسخ حكميا و لا يطلق على التمكن عليه الخيار فى الاصطلاح و يكون مقيدا أخرى بعدم حصول ذلك الالتزام فيكون الجواز حقّيا، و يطلق على التمكن عليه فى الاصطلاح الخيار، و

بتعبير آخر كما يقال له بيع ماله و يجوز له بيع ماله فيراد الجواز الوضعى كذلك يقال له فسخ عقده أو التزامه بترك الفسخ و إبقاء عقده و الفرق فى المقام بين الحق و الحكم ان كلا- منهما حكم شرعى و انّما الاختلاف بينهما بالاشتراط و الإطلاق حيث لا يقبل الحكم الاسقاط و يقبله الحق، و لعل جواز الفسخ وضعا بجواز حقّى يناسب التعبير فى مورده بملك الفسخ و جوازه لعدم التمكن على إسقاط هذا الجواز الوضعى يناسب التعبير بالحكم (و لذا ذكر المصنف (ره) لعل التعبير بملك الفسخ يوجب خروج موارد ثبوت جواز الفسخ حكما حيث ان الملك فى المال يطلق فى موارد تمكن الشخص على قطع سلطنته عن ذلك المال و قطع أحد المتعاقدين تمكنه على الفسخ ينحصر بموارد كون جواز الفسخ حقّيا و لكن الأمر كما ذكر السيد اليزدى (ره) من ان ملك الشيء مطلق السلطنة و التمكن عليه سواء كان جواز ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۴

....

الشيء حقيّا أو حكميا و دخل التمكن على ازالة التمكن عن نفسه فى صدقه غير محرز كما يظهر بأدنى تتبع فى إطلاق الملك على السلطنة و التمكن فى موارد لا يمكن فيها دفع هذا التمكن فقد تحصل من جميع ما ذكرنا اختيار الفسخ و خياره لا يكون امرا اعتباريا و انما الاعتبار وصف المتعلق أى الفسخ حيث يعتبر جائزا أى ممضى تارة و لا يعتبر أخرى و مع عدم الاعتبار لا يطلق على تمكن إنشاء الفسخ اختيارا و لا خيارا فى الاصطلاح.

ثم انه لم يظهر وجه صحيح فى ان الخيار على تقدير كونه حق اختيار الفسخ ان يثبت فى حق القاصرين ايضا و لا- يثبت لهم على تقدير كونه بمعنى حق فسخ العقد فإنه إذا لم يمكن تحقق الفسخ من القاصر فكيف يتحقق منه اختياره و على تقدير ثبوته لهم بمعنى استيفاء وليّهم فيمكن الاستيفاء على تقدير كونه بمعنى حق الفسخ أيضا.

بقى الكلام فيما ذكره القدماء فى تعريف الخيار من ملك فسخ العقد و إقراره و ما أورد عليه المصنف (ره) من انه ان أريد من إقراره ترك فسخه فالقيد مستدرك و ان أريد به جعل العقد غير قابل الفسخ فمرجعه إلى إسقاط الخيار فلا يصح أخذ إسقاط الخيار فى تعريف الخيار لأن إسقاطه من حكم الخيار، فنقول قد تقدم ان الخيار الثابت فى المعاملات هو التمكن على فسخ يكون جوازه الوضعى حقيّا و معنى كون جوازه حقيّا التمكن على إسقاط هذا الجواز و إسقاطه كما تقدم يكون بالالتزام الإنشائى على ترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها فان كان هذا الالتزام عند المعاملة فلا يتحقق معه التمكن على الفسخ المحكوم بالجواز و إذا كان الالتزام المزبور بعد المعاملة يرتفع الخيار من حين الالتزام فيكون المراد بإقرار العقد الالتزام الإنشائى بترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها فالتمكن على هذا الالتزام مقوّم لعنوان الخيار على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵

....

ما تقدم من أنّه يطلق فى الاصطلاح على موارد كون جواز الفسخ فيها حقيّا، و عليه فلا يرد على هذا التعريف النقض بموارد ملك الفسخ بحيث يكون جوازه حكميّا بخلاف تعريف الفخر الذى رضى به المصنف (ره).

و ذكر النائينى (ره) فى توجيه اضافة إقرار العقد على فسخه فى تعريف الخيار وجها آخر و ان الخيار بمعنى الملك و السلطنة يكون طرفا متعلّقه وجوديين بخلاف تعريف الفخر (قده) فان عليه يكون أحد طرفى متعلّقه وجوديّا و الآخر عدميّا و مهّد على بيان ذلك الوجه مقدّمة و هى ان العقود بحسب مقام الثبوت أى بحسب حكمها الواقعى من حيث لزومها و جوازها على ثلاثة أقسام:

منها ما يقتضى اللزوم بنفسه أى لا يكون لزومه باعتبار التزام خارجى منضم الى مدلوله المطابقى بل العقد بمدلوله المطابقى يقتضى

لزومه بمعنی ان الشـارع قـد حکم علیه باللزوم مع قطع النظر عن التزام المتعاقـدین بالوفاء به و إبقائه و قـد ظهر من الأدلـهٔ ان النکاح و عقد الضـمان کذلک، و لا ینافی ذلک ثبوت الخیار فی النکاح لبعض العیوب أو ثبوت الخیار للضامن فیما إذا ظهر له فیما بعد إعسار الضامن لان مثل هذا الخیار باعتبار قیام الدلیل علیه یکون تخصیصا بالإضافهٔ إلی خطاب لزومهما.

و منها ما یقتضـی جوازه أی یکون بمـدلوله المطابقی موضوعا للجواز بمعنی ان الشارح قـد حکم علیه بالجواز بمدلوله المطابقی و قد علم من الأدلـهٔ ان الهبـهٔ کـذلک و لاـ ینـافی أیضـا حکم الشـارع بـاللزوم فی بعض مواردهـا لاـن ذلـک لقیـام الـدلیل لاـ للالتزام من المتعاقـدین فیکون اللزوم فی القسم الأول و الجواز فی هـذا القسم حکمیا و الالتزام من المتعاقـدین بإبقاء المدلول و عدم إلغائه یکون فی الأول مؤکّدا و فی الثانی مخالفا لمقتضی العقد.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶

....

و منها ما لا یقتضی بمدلوله المطابقی اللزوم و لا الجواز بل یکون لزومه بالالتزام الخارجی من المتعاقدین بإبقاء ذلک المدلول و عدم إلغائه کما فی عقـد البیع حیث ان مدلوله المطابقی هی المعاوضهٔ بین المالین و یکون التزام من المتبایعین علی إبقاء تلک المعاوضهٔ و عـدم إلغائهـا بقرینـهٔ العـادهٔ و بناء العرف علی ان من أوجـد المعاوضـهٔ فیلتزم بها و إلّا لم یقـدم أحـد بالمعاوضـهٔ خصوصا فی الأشـیاء الخطیرهٔ، و یعم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) للبیع بلحـاظ المـدلول الاـلتزامی الثـابت له بقرینـهٔ العادهٔ و بناء العرف فیکون لزومه حقیّا مالکیا لا حکمیّا فیـدخل فی هـذا القسم الخیار بالاشتراط کما یـدخل علیه الإقالهٔ حیث ان اشتراط الخیار فیه لا یکون مخالفا لمقتضـی العقـد فیعمه قوله (ص) المؤمنون عند شـروطهم و دخول الإقالهٔ باعتبار ان لکل من المتعاملین ردّ التزام طرفه الیه و المفروض ان حکم الشارع باللزوم تابع لالتزامهما و ان البیع فی نفسه لا اقتضاء فیه بالإضافهٔ إلی اللزوم و الجواز.

و بـذلک یظهر ما ذکروه من ان الخیار یـدخل فی کل معاملـهٔ تـدخل فیها الإقالهٔ و یترتب علی ما ذکر من ان الخیار هی السـلطنهٔ علی إلغاء المعاملهٔ و إبرامها حیث ان باشتراط الخیار یملک أحد المتعاملین التزامه بالمعاملهٔ و التزام طرفه بها و مع عدمه یملک التزام طرفه فقط و بالإقالهٔ یرد علیه ما خرج عن ملکه و یخرج عنه ما دخل فی ملکه بالالتزام بالمعاملهٔ.

أقول: ان کان الالتزام من المتبایعین بإبقاء البیع و عـدم إلغائه دخیلا فی صدق عنوان العقد یکون الأمر کذلک فی غیره ایضا کالنّکاح و الضمان و علیه فکما یکون اللزوم فی البیع باعتبار ذلک الالتزام یکون الأمر فی النکاح و الضمان ایضا لذلک لان الموضوع لوجوب الوفـاء فیهـا وضـعا و هو العقـد کما هو مفاد قوله سـبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فلا وجه لأخـذ الالتزام فی موضوع لزوم البیع و لا یؤخـذ فی موضوع لزوم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷

....

النکـاح و نحوه و مجرد عـدم مشـروعیّهٔ شـرط الخیار فی النکاح لا یکون دلیلا علی ذلک لإمکان ان یقال ان شـرط الخیار فی النکاح ایضـا علی القاعـدهٔ و الاـلتزام بعـدم المشـروعیهٔ لقیام دلیل أوجب التخصـیص فی قوله (ص) (المؤمنون عنـد شـروطهم)، و بتعبیر آخر یکون عـدم الاـلتزام بالوفـاء بالنکـاح کما هو مقتضـی اشتراط الخیار عنـد الشارع ملغی فیعامل معه معاملـهٔ الالتزام بالوفاء و یؤیـد أخذ الالتزام فی موضوع لزوم النکاح ما ذکره جماعهٔ انه یصحّ اشتراط وصف فی الزوج أو الزوجهٔ فی النکاح و مع ظهور فقده یثبت الخیار للمشروط له.

و إن قلنـا بعـدم دخالـهٔ الالتزام بالوفاء فی عنوان العقـد و ان المعاملات بأنفسـها عقود فلا وجه للقول بأخـذ الالتزام بالوفاء فی البیع فی

موضوع لزومه بـل الموضوع له نفس عنوان البيع و الإجـارة و نحوهمـا و مشـروعية اشتراط الخيـار و دخول الإقالـة فيهـا لا يكشف عن ذلك فانّ الدليل على مشروعيّة شرط الخيار فيه يكون تخصيصا فى دليل لزومه كما التزم بذلك التخصيص فى قيام الدليل على ثبوت الخيـار ببعض العيوب فى النكاح و كـذا فى الإقالـة التى فى حقيقتها الاجتماع على الفسخ فان جواز الإقالـة على خلاف القاعـدة حتى على القول بـأنّ الالـتزام بالوفـاء بالبيع مأخوذ فى لزومه فإن المأخوذ فى لزومه على تقـديره هو الالتزام من المتبايعين عنـد البيع و بتعبير آخر الالتزام منهما بحدوثه مأخوذ للزوم البيع و بالإقالة بالمعنى الذى ذكره لا ينتفى ذلك الالتزام منهما كما لا يخفى.

ثم ان ما ذكر (ره) فى الاستشهاد على أخذ الالتزام بالوفاء بالبيع فى موضوع لزومه بالمعاطاة حيث ذكر ان المعاطاة باعتبار عدم الالتزام فيهـا بالوفـاء لعـدم العـادة و بنـاء العرف فيهـا بالوفاء بيع و لا يكون لازما فيحكم بجوازها لا يخفى ما فيه فإنه إذا كانت المعاطاة بيعا لا عقدا، و لذا حكم بجوازها فأين ما ذكره أوّلا من انّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸

[الأصل فى البيع اللزوم]

ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه (۱).

البيع بنفسه لا يكون مقتضيا للّزوم و لا الجواز و دعوى كون الجواز على خلاف القاعدة و لقيام السـيرة عليها لا يمكن المساعدة عليها فـإنه يمكن دعوى كون البيع بنفسه موضوعا للّزوم و خروج المعاطاة و الحكم بجوازها يكون بالسـيرة المشار إليها مع انا قـد ذكرنا فى محلّه ان المعاطـاة كسـائر البيع محكومـة بـاللزوم من الأـول لا يختلفان فى الحكم أصـلا. و على الجملـة فالخيار هو التمكّن على فسـخ النافذ بنحو الحق.

(۱) ذكر جماعـة تبعـا للعلامـة فى كتبه ان الأصل فى البيع اللزوم و علل فى التـذكرة أصالـة اللزوم بأنه مقتضـى استصـحاب بقاء ملك الثمن للبـائع و المثمن للمشترى بعـد إنشـاء أحـدهما الفسـخ و بـأنّ وضع البيع لنقل العوضـين و الشارع قرّره على ذلك، و الغرض من الملـك الحاصـل بـالبيع تمكّن كل واحـد منهما على التصـرف فيما يملكه و لو كان البيع محكوما بالجواز لا يتمكن على ذلك لعـدم الأمن بالفسخ الموجب لنقض الغرض و ذكر جماعة انه يحتمل ان يراد من الأصل أمور:

منها الراجـح كما يقال الأصل فى الأشـياء الصـحة و عـدم العيب و لا يخفى ان الرجحان يحصل بالغلبـة و ان أريـد أنَّ أكثر أفراد البيع لازم لا يقبل الفسخ فمن الظاهر انّ هذا غير صحيح لأنّ أكثر أفراده غير لازم بخيار المجلس و الحيوان و نحوهما و ان أريد ان كل فرد من أفراد البيع فى غالب الأزمان لازم بحيث لا ينافى كون غالب أفراده فى زمان قليل جائزا فهذا صـحيح، و لكن لا يفيد فيما إذا شك فى فرد من افراد البيع انه يقبل الفسخ و لو فى زمان قليل، أو انه لا يجوز فيه الفسخ أصلا كما إذا شك فى ثبوت خيار المجلس فى بيع الـدين على من هو عليه. هـذا، مع ان ارادة غلبة الأزمان لا يناسب قول العلامة فى القواعد بأنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب فـان مفاده ان ثبوت الخيار أو ظهور العيب خلاف الأصل و انه إذا لم يعلم ثبوت الخيار و العيب يحكم بلزوم البيع و عـدم جواز فسخه أصلا كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۹

....

فى المثال المزبور. و بتعبير آخر يكون ثبوت الخيار أو ظهور العيب محقق الأصل أى الغلبة لا انهما ينافيانها.

و منهـا: ان يراد بالأصـل القاعـدة المسـتفادة من العمومـات أو المطلقات الواردة فى العقود و المعاملات الظاهرة فى لزومها المعبر عنها

بالأصل اللفظی.

و منها: الاستصحاب أی الأخذ بالملک الحاصل للطرفین بالبیع المزبور بعد إنشاء أحدهما الفسخ حیث ان مقتضی الاستصحاب عدم زوال ذلک الملک بذلک الفسخ.

و منها: ان الحکم المجعول للبیوع بناء العرف و الشرع مع قطع النظر عن جعل الخیار هو اللزوم و الخیار حق خارجی یرفع الید فی موارد ثبوته عن الحکم الأول المقتضی لصیرورهٔ المالک أجنبیا عن ماله السابق بالبیع نظیر ما یقال الأصل فی الأجسام الاستدارهٔ و انما یخرج عن الاستدارهٔ بالقاصر الخارجی، و قد ظهر مما ذکر فی المعنی الرابع ان ثبوت خیار المجلس فی کل بیع لا یوجب خروجه عن کون الأصل فیه اللزوم لانَّ خیار المجلس کسائر الخیار حق خارجی قد ثبت فی کل بیع بالدلیل؛ فما ذکره صاحب الوافیهٔ من کون الأصل فی البیوع بعد ثبوت خیار المجلس الجواز غیر تام و ان أراد بالأصل استصحاب الجواز الثابت فی کل البیوع بخیار المجلس فیأتی ما فیه من عدم جریان الاستصحاب فی بقاء الجواز بعد التفرق.

أقول: الأصل بمعنی مقتضی العموم أو الإطلاق فلا بأس به و سیأتی التعرض له و کذا بمعنی الاستصحاب فی وجه؛ و امّا بمعنی الراجح یعنی الغلبهٔ فلا یفید شیئا لأنه لا اعتبار بالغلبهٔ سواء أرید غلبهٔ الأفراد اللازمهٔ أو غالب الأزمان، و امّا الأصل بالمعنی الرابع فلا مورد له فی المقام لان البیع أمر اعتباری و حکمه أیضا اعتباری و البناء العرفی أو الشرعی لا یزید علی الحکم و اعتبار اللزوم فلا یجری فیه ان أصل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰

بقی الکلام فی معنی قول العلامهٔ (۱).

الشیء بمعنی انّ تأثیر العلهٔ لولا القاصر الخارجی أی المزاحم عن کمال تأثیره ما هو کما لا یخفی.

ثم انَّ ما فی التذکرهٔ من تعلیل الأصل فی البیع اللزوم بأمرین الاستصحاب و کون المراد بالبیع حصول الملک و الفرض من الملک التمکن من التصرف فی المال و یکون جواز البیع نقضا لهذا الغرض لا یمکن المساعدهٔ علیه فإنه لو تمّ لکان مقتضاه کون الأصل فی کل معاملهٔ یحصل بها الملک هو اللزوم و لو کانت تلک المعاملهٔ مثل الهبهٔ و ایضا یمکن أن یقال الغرض من الملک التصرف فی المال ما دام ملکا و بالفسخ ینتهی الملک و لا ینتقض التصرف الواقع فی المال حال ملکه بل یرجع الفاسخ الی بدله من المثل أو القیمهٔ علی ما یأتی فی أحکام الخیار.

(۱) بقی الکلام فیما ذکر العلامهٔ (قده) فی القواعد بعد قوله الأصل فی البیع اللزوم من انه یخرج عن الأصل بثبوت الخیار أو ظهور عیب فان مقتضاه کون ظهور العیب موجبا لتزلزل البیع فی مقابل تزلزله بالخیار و توجیهه بان ذکر ظهور العیب من قبیل عطف الخاص علی العام لا یمکن المساعدهٔ علیه فان ظهور العیب لم یعطف علی موجبات الخیار بل علی نفس الخیار المباین لظهور العیب.

نعم یؤید التوجیه المزبور عبارهٔ التذکرهٔ حیث عطف فیها ظهور العیب علی موجب الخیار و الغرض منه و قال انّما یخرج عن الأصل بأمرین ثبوت الخیار لهما أو لأحدهما من غیر نقص فی أحد العوضین بل للتروی الخاصهٔ أی التفکّر فی الصلاح من فسخ البیع و إبقائه. و الثانی ظهور العیب فی أحد العوضین و لکن ذکر بعد ذلک فی ثبوت الخیار للتروی فصولا سبعهٔ و جعل سابعها خیار العیب و مقتضی عطف ظهور العیب علی سائر الموجب أی التروّی أن یتکلم فی خیار العیب فی الأمر الثانی لا فی الأمر الأول.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱

ثم ان الأصل بالمعنی الرابع انما ینفع (۱).

و وجّه المصنف (ره) عطف ظهور العیب علی ثبوت الخیار بوجه آخر و حاصله ان ظهور العیب یوجب فی البیع الجاری علی المعیب

نحوين من التزلزل أحدهما ثبوت الخيار لمن انتقل اليه المعيب و هذا التزلزل داخل فى الأمر الأول و لذا جعل الفصل السابع فيه خيار العيب.

الثانى التزلزل فى البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن بان يسترد المشترى من البائع بعض الثمن و هذا التزلزل يخالف الخيار فى السنخ المعبر عنه بحقّ الأرش و لكن قد ضعّف (ره) هذا التوجيه بما حاصله ان الأرش على ما هو المعروف عندهم يجب دفعه الى المشترى بمطالبته و لا يكون جزءا من الثمن؛ و لذا يجوز لمالك المبيع عدم دفعه من الثمن بل من مال آخر و لو كان ظهور العيب موجبا لتزلزل البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن بان كان للمشترى التنقيص من ذلك المجموع كان له إلزام البائع بدفعه من الثمن لا من مال آخر.

و وجّه النائينى (ره) عطف ظهور العيب على الخيار بعين ما ذكره المصنف (ره) و لكنّ تخلّص عن الإشكال الوارد على توجيه المصنّف (ره) بتفسير التزلزل بكونه فى ناحية المبيع لا فى ناحية الثمن و بان للمشترى حق المطالبة من البائع بضم مقدار من جنس الثمن الى المبيع المعيب ليساوى معه مجموع الثمن.

أقول: حق مطالبة الأرش لا يوجب التزلزل فى البيع، و لذا يثبت بعد لزومه، و لا فى المبيع، و لذا يجوز دفع الأرش من عين الثمن.

(۱) و حاصله: انّ الأصل بالمعنى الرابع يفيد فيما لو شك فى ثبوت خيار فى بيع فان الخيار حق خارجى يحتاج الى قيام الدليل عليه و مع عدمه يؤخذ بالمقتضى العرفى و الشرعى للبيع و اما لو شك فى عقد آخر انه لازم لا ينفسخ أو جائز حكما فلا يمكن الأخذ بالأصل بذلك المعنى لأنه مع الشك المزبور لا يحرز مقتضاه ليؤخذ به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۲

....

أقول: الأصل بذلك المعنى لا ينفع حتى فيما إذا شك فى بيع انه يثبت فيه خيار أم لا و ذلك فإنه لو فرض تصريح الشارع فى خطاب بان البيع عنده ايضا لازم و لولا الخيار لا ينفسخ و شك بعد ذلك فى بيع ان فيه خيارا أم لا فلا يفيد التصريح المزبور ما لم يكن فى البين عموم أو إطلاق أو أصل عملى ينفى الخيار و مع وجوده يدخل الأصل فى المعنى الثانى أو الثالث.

و بتعبير آخر الأصل بالمعنى الرابع مبنى اعتبار قاعدة المقتضى و المانع الّتى قد ذكرنا فى محله انه لا اعتبار بها. و امّا الأصل بالمعنى الأول أى الأخذ بالراجح فقد تقدّم الكلام فيه و بمعنى الاستصحاب مبنىّ على اعتباره فى الشبهات الحكمية و قد منعنا عن ذلك فى بحث الاستصحاب و ذكرنا ان الموجب لعدم اعتباره ابتلائه بالمعارض فيها دائما.

و العمدة فى المقام العمومات و الإطلاقات المستفاد منهما قاعدة اللزوم المشار إليها. منها قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المفسر بالعهود. فى صحيحة عبد اللّه ابن سنان التى رواها على بن إبراهيم فى تفسيره عن أبيه عن النضر بن سويد عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قال بالعهود و ذكر (ره) فى وجه دلالته على اللزوم بأنَّ المستفاد منها ابتداء الحكم الكليفى و هو وجوب ترتيب ما هو عمل بمقتضى المعاملة و إذا كان مفادها تمليك المال بعوض فيلزم العمل على مقتضى كون المال ملكا للغير من لزوم دفعه اليه و عدم جواز الإمساك به أو أخذه و التصرف فيه بلا رضاه حتى فيما إذا كان ذلك الأخذ و التصرف بعد إنشائه الفسخ؛ و إذا وجب العمل على طبق مدلول المعاملة كذلك ينتزع منه لزوم البيع وضعا فان الحكم الوضعى فى المقام كسائر الأحكام الوضعيّة منتزعة عن التكليف و مما ذكر يظهر ما قيل من انه لا يستفاد من الآية لزوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۳

....

المعاملة فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضی ذلک العقد من لزوم أو جواز و وجه الظهور ان اللزوم کالجواز حکم شرعی یترتب علی المعاملة و لیس داخلا فی مدلولها و مدلول البیع مثلا جعل ملکیّة المال للغیر بإزاء الثمن و ما یترتب علی ملکیّة المال یجب ترتیبه وفاء بالعقد حتی بعد إنشاء الفسخ الملازم للغویة الفسخ فینتزع من هذا الوجوب لزومه وضعا علی ما تقدم.

و قد یقال انه لا یمکن التمسک بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) علی لزوم المعاملة و عدم نفوذ فسخها و ذلک فإنّه إذا فرض ان البائع باع المال بشرط أن یکون له خیار یوم الثامن و اقبض المبیع من المشتری و أخذ الثمن ثم فسخها یوم الثامن و أخذ المبیع من ید المشتری و استردّ الثمن لا- یکون ذلک خلاف الوفاء بالعقد بخلاف ما إذا أخذ المبیع من ید المشتری قبل یوم الثامن أو امتنع عن الإقباض و الفرق بین یوم الثامن و قبله هو ان العقد یوم الثامن مفسوخ لا بقاء له لیلزم الوفاء به بخلاف قبل ذلک الیوم و علیه فلو شک فی بیع ان فیه خیار لأحد المتبایعین أم لا، فبعد إنشائه الفسخ لا یمکن الحکم بعدم جواز أخذه المال من صاحبه أخذا بعموم وجوب الوفاء بالعقود حیث ان بقاء العقد بعد الفسخ المزبور غیر محرز و التمسک فی بقائه باستصحابه و عدم انفساخه خروج عن التمسک بالآیة.

و أجاب عن الإشکال المحقق النائینی (ره) بان هذا لو کان المراد بالعقد معناه الاسم المصدری فإنّه علی هذا التقدیر لا یحرز بقاء الاسم المصدری مع إنشاء الفسخ من أحدهما مع احتمال الخیار بخلاف ما ذا کان المراد بالعقد معناه المصدری فإن العهد بمعنی المصدری یتحقق حال الإنشاء فالالتزام العقدی بحدوثه محکوم بلزوم الوفاء به الی الأبد و لا یکون التمسک بلزوم الوفاء به فی الحکم ببطلان فسخه من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیة و لذا یکون مورد ثبوت الخیار تخصیصا فی العموم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴

....

المزبور.

أقول: الظاهر عدم الفرق بین ارادة المعنی المصدری و الاسم المصدری فی ان التمسک بالآیة عند الشک فی لزوم عقد أو جوازه لا یکون من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیّة فإن الاختلاف بین المعنیین بالاعتبار فالعهد بملاحظة صدوره عن الفاعل معنی مصدری و بملاحظته فی نفسه معنی اسم مصدری و علی کلا التقدیرین فالعهد بحدوثه محکوم بلزوم الوفاء به و إنهائه أو بوجوب ترتیب الآثار و العمل بمدلوله نظیر ما یقال من ان الشیء بحدوثه موضوع للحکم أی لحدوثه و بقائه کما فی قوله سبحانه (لٰا یَنٰالُ عَهْدِی الظّٰالِمِینَ) و قد یکون موضوعا للحکم بمعنی حدوثه موضوع لحدوث الحکم و بقائه موضوع لبقائه کما فی قوله (لا تصلّ خلف الفاسق) و بما أن مناسبة الحکم و الموضوع فی المقام کون وجوب الوفاء بالعهد من قبیل الأول فلا- یکون التمسک بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فی موارد فی موارد الشک فی کون بیع أو غیره خیاریا أو جائزا من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیّة هذا أوّلا.

و ثانیا: قد تقدم ان المراد بالعقود العهود سواء کان العهد للّٰه سبحانه کالعهد و النذر أو للغیر کما فی المعاملات المالیة کالبیع و الإجارة أو غیر المالیة کالنکاح کما یشهد لذلک مضافا الی عموم العهد إطلاق العقد علی کل منها فی مثل قوله سبحانه لٰا یُؤٰاخِذُکُمُ اللّٰهُ بِاللَّغْوِ فِی أَیْمٰانِکُمْ وَ لٰکِنْ یُؤٰاخِذُکُمْ بِمٰا عَقَّدْتُمُ الْأَیْمٰانَ و قول سبحانه وَ الَّذِینَ عَقَدَتْ أَیْمٰانُکُمْ فَآتُوهُمْ نَصِیبَهُمْ و لٰا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّکٰاحِ حَتّٰی یَبْلُغَ الْکِتٰابُ أَجَلَهُ الی غیر ذلک ثم ان متعلق العهد یختلف فتارة یکون فعلا للغیر فالوفاء به عبارة عن الإتیان بذلک الفعل و أخری یکون الأمر الوضعی أی الاعتباری کالملکیة مجانا أو مع العوض فالوفاء بالعهد فیه إنهائه و عدم الغایة، أو ترتیب الأثر العملی علی ذلک الأمر الاعتباری و وجوب الوفاء بالعهد من القسم الأول تکلیفی کما هو

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵

....

ظاهر الأمر بالفعل الخارجی فالوفاء فی ذلک القسم عبارة عن الإتیان بمتعلق العهد کما تقدم.

و الأمر بالوفاء فی القسم الثانی امّا بمعنی عدم إلغاء العهد لکونه من قبیل الأمر بالمعاملة فیکون ظاهرا فی الإرشاد إلی اللزوم المراد ترتیب الأثر علی متعلق العهد و العمل بمدلوله فی مقابل نقض العهد عملا فالأمر بالوفاء باعتبار کونه أمرا بالأفعال الخارجیة یکون ظاهرا فی التکلیف، و لکن لا أظن أن یلتزم المصنف (ره) أو غیره بان إمساک البائع مثلا بالمبیع ابتداء أو بعد إقباضه یوجب عقابین أحدهما بعنوان ترک الوفاء بالمعاملة؛ و الثانی انه تصرف و إمساک بمال الغیر بلا رضاه، کما هو مقتضی قوله علیه السلام (لا یحل مال امرء مسلم) بل لا بدّ من الالتزام بان الأمر بالوفاء و لو بمعنی ترتیب الآثار إرشاد إلی لزوم المعاملة، فلا یصح دعوی ان مدلول الأمر بالوفاء حکم تکلیفی بحیث ینتزع منها الحکم الوضعی.

لا یقال علی ذلک یلزم استعمال الأمر بالوفاء فی الإرشاد و التکلیف فالارشاد بالإضافة إلی العهد فی المعاملات و التکلیف بالإضافة إلی العهد بالفعل الخارجی کموارد النذر و الحلف فإنه یقال الأمر بالوفاء انحلالی فالأمر بالإضافة الی بعض العهود یکون إرشادا و بالإضافة إلی البعض الآخر تکلیفا و قد تقدم سابقا من ان لیس إرادة الإرشاد و التکلیف معا من قبیل استعمال اللفظ فی أکثر من معنی لان المستعمل فیه لصیغة الأمر أو مادّته فی موردی الإرشاد و التکلیف واحد و یختلف الإرشاد عن التکلیف بالغرض من البعث الی الفعل و تفصیل ذلک فی بحث الأصول).

ثم انّ المصنف (ره) قد أجری ما ذکره فی آیة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فی قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ بدعوی ان المراد بحلیة البیع جواز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶

و لکن یمکن ان یقال انه إذا کان (۱).

ترتیب الآثار بمدلول البیع، و إذا جاز ترتیب الأثر علی مدلوله حتی فیما إذا فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه ینتزع عن الجواز المزبور اللزوم الوضعی، و کذلک الأمر فی جواز ترتیب الآثار علی مدلول التجارة عن تراض فإنّه ینتزع من جواز الترتیب حتی بعد فسخ أحدهما اللزوم الوضعی للتجارة.

و لکن لا یخفی ان قوله سبحانه (أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ) مدلوله المطابقی کما هو مقتضی إضافة الحلیّة إلی المعاملة؛ و منها البیع جوازها الوضعی أی إمضائها، و لذا لو کان بیع البائع بشرط الخیار له أو لصاحبه إلی مدّة یحکم بصحة البیع المزبور و کونه خیاریّا أخذا بإطلاق الإمضاء المستفاد من الآیة.

و بتعبیر آخر إمضاء البیع علی طبق ما قرره المتبایعین فی إنشائه فإن کان بشرط الخیار فیحکم بإمضائه کذلک؛ و ان کان بدون شرطه یکون إمضائه مطلقا و علی ذلک فیمکن نفی احتمال الخیار الشرعی التأسیسی بناء علی ظهور الآیة فی إمضاء المعاملة بما له الحکم عند العقلاء کما هو ظاهر الآیة؛ و امّا إذا ادعی بأنَّ مدلولها هو نفس إمضاء البیع بمدلوله من غیر نظر الی إمضاء حکمه عند العقلاء فلا یمکن التمسک به فی مورد احتمال الخیار الشرعی التأسیسی أیضا، کما لا یبعد ذلک فی قوله سبحانه (إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) فان مدلوله جواز تملک مال الغیر بالتجارة؛ و امّا ان الأحکام المترتبة علی التجارة ما هی و ان أحکامها العقلائیة کلها ممضاة أم لا کلّ ذلک خارج عن مدلول الاستثناء فتدبر جیّدا.

(۱) مراده ان حلیّة التصرفات المترتبة علی البیع بعد فسخه من أحدهما من غیر رضا صاحبه لم تذکر فی الآیة بخصوصها و کذا حلیّة التصرفات المترتبة علی التجارة بل المدعی شمول الحلیة لتلک التصرفات بالإطلاق فی الآیتین؛ و علیه فیمکن دعوی ان حلیّة

التصرفات المترتبة علی البیع و التجارة دائرة مدار بقاء البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷

و منها قوله تعالی لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ (۱).*

و التجارة، حیث ان ظاهر کل خطاب کون الحکم المذکور فیه حدوثا و بقاء دائرا مدار حدوث الموضوع و بقائه، کما فی خطاب لا تصل خلف الفاسق؛ و انّما خرجنا عن ذلک فی آیة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و قلنا ان تحقق عقد أی عهد فی زمان موضوع لوجوب الوفاء حدوثا و بقاء بمناسبة الحکم و الموضوع المفقودة فی الآیتین الأخیرتین).

(۱) قد تقدم سابقا ان المراد بالأکل فی الآیة الاعتباری أی التملک و وضع الید علی مال الغیر کما هو مقتضی إضافة الأکل إلی المال و المراد بالباطل الباطل فی اعتبار العرف و بنائهم، فیکون النهی عن الأکل المال بالباطل من قبیل النهی عن المعاملة ظاهرا فی الإرشاد إلی فساد ذلک الأکل و من الواضح ان تملّک أحد المتبایعین مال الآخر بالفسخ من غیر رضا صاحبه تملک بالباطل؛ نعم إذا ثبت الخیار فی البیع من الشارع و لو تأسیسا یخرج التملک المزبور عن الباطل شرعا و کذلک الأمر فی الأکل الخارجی، فلو اذن الشارع فی أکل المار من ثمرة طریقه فلا یکون ذلک من الأکل بالباطل؛ و امّا مع عدم ثبوت الخیار أو الإذن فیکون عموم النهی متبعا و نتیجة ذلک لزوم البیع المفروض.

و لا یخفی انه إذا کان المراد بالأکل ما ذکر فیکفی فی التمسک به اتّصاف المال بکونه مالا لشخص فإنه مع کونه مالا له یکون تملّکه و وضع الید علیه بالوجه الباطل العرفی و منه الفسخ فی المعاملة باحتمال الخیار الشرعی محکوما بالبطلان شرعا. و الحاصل انه لا یتوقّف التمسک به علی إحراز ان المال بعد الفسخ المحتمل جوازه ملک ایضا لمالکه الأول لیکون التمسک به من قبیل التمسک بالعام فی شبهته المصداقیّة؛ اللّهم إلّا أن یقال ان الفسخ لا یکون تملّکا للمال بل هو حل العقد و بعد حلّه یکون التملّک بالسبب الذی کان قبل العقد؛ و لکن لا یخفی ان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸

و مما ذکرنا یظهر وجه الاستدلال بقوله (ص) لا یحل مال امرء مسلم (۱).

و منها قوله الناس مسلطون علی أموالهم ۲ فی دعاء التوبة و لک

التملک بالسبب السابق ایضا بعد الفسخ المزبور تملک بالباطل فلا بأس بالأخذ بالآیة فی الحکم بفساد الفسخ.

(۱) و لعل مراده ان المستفاد من الحدیث ابتداء الحکم التکلیفی أی حرمة التصرفات الخارجیّة المتعلّقة بمال الغیر حتی التصرفات الواقعة بعد فسخ أحد المتعاملین و ینتزع من حرمتها عدم نفوذ ذلک الفسخ، و فیه ان الموضوع لعدم جوازها مال الغیر بلا رضاه و کون المال بعد فسخ أحد المتعاملین و لو بلا رضا صاحبه مال الغیر غیر محرز فیکون التمسک بعموم عدم الجواز فی الفرض من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیة.

و لو قیل بأنَّ عدم الحلّ یعم التصرفات الخارجیة و التصرفات الاعتباریة فیکون عدم الحل بالإضافة إلی التصرفات الاعتباریة حکما وضعیّا، بمعنی الفساد فیشکل التمسک به فی الحکم بفساد الفسخ أیضا، لأنَّ الفسخ کما ذکرنا لیس تصرّفا فی مال الغیر بل هو تصرف فی العقد حیث انه حلّه و مدلول الروایة عدم جواز التصرف فی مال الغیر لا عدم جواز التصرف فی المعاملة التی صار بها المال للغیر.

و الحاصل ان استفادة الحکم الوضعی أی فساد الفسخ من حرمة التصرفات فی المال تکلیفا أو وضعا ایضا تمسّک بالعام فی شبهته المصداقیة و أن فسخ العقد باعتبار عدم کونه تصرفا فی المال غیر داخل فی مدلول الروایة.

(۲) لو کـان مراده (قـده) ان تصـرف البائع مثلا فی المبیع بعـد فسـخه غیر جائز بل التصـرف الحلال ینحصـر بالمالک لکان التمسـک بالروایهٔ بعد فسخ أحد المتعاقدین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹

یا رب شرطی (۱).

من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیهٔ، لأنّ مع احتمال نفوذ الفسخ لا یحرز انّ التصرف فی المال المزبور تصرف من غیر المالک. و امّا بنـاء علی مـا تقـدم منّا سابقـا من انّ مفادها ولایـهٔ المالک علی التصـرفات المشـروعهٔ فی المال و لیس راجعا الی تعیین التصـرف المشروع فلا یمکن التمسّک به فی المقام لانّ الشک فی کون الفسخ تصرفا مشروعا أم لا هذا أولا.

و ثانیا قد ذکرنا ان الفسخ لا یکون تصـرفا فی المال بل هو تصـرف فی العقد بحله و التصـرف فی المال بعد الفسخ المحتمل لم یحرز کونه تصرفا من غیر المالک لیحکم بعدم جوازه کما لا یخفی.

(۱) کـأنّ مراده (قـده) ان الالتزام بعـدم العود إلی المعصیهٔ التزام فی ضـمن التوبـهٔ التی هی فی حقیقتها النـدم علی ما فعل و ان شـرط الزهـد علی الأئمهٔ علیهم السـلام قد وقع فی ضـمن اختیاره سـبحانه إیّاهم للعنایهٔ الخاصهٔ بجعلهم أولیاء المجد و العزّ و مهبط الوحی و موارد الکرامـهٔ؛ و لکن لا یخفی أن ملاحظهٔ ما ذکر قبل کل منهما یشـهد بان المراد منه الإلزام أو الالتزام الابتدائی فإنه سـلام اللّه علیه ذکر علی ما فی الـدعاء (و قد قلت یا إلهی فی محکم کتابک انّک تقبل التوبهٔ عن عبادک و تعفو عن السیّئات و تحب التوابین)، فان هذا بیان لالتزامه سبحانه بقبول التوبهٔ من التائبین و حبّهم، فیکون قول التائب و أوجب لی محبّتک کما شرطت استدعاء للوفاء بالالتزام کما ان توبهٔ النادم من معصیهٔ قابلهٔ للتکرار یلازم الالتزام بعدم العود الی مثلها، و یکون هذا دخیلا فی تحقق التوبهٔ و الّا فلا یکون ندمه الّا لفظیّا لا أنّه التزام زائد علی التوبهٔ فیکون قوله (یا رب شـرطی ان لا أعود) بیانا للالتزام المحقق للتوبهٔ و من العجب عن بعض الأجلهٔ حیث فرّق بین الشرط فی قوله أوجب لی محبتک کما شرطت و جعل الشرط فیه بمعنی المعلق علیه لإیجاب المحبهٔ و بین الشرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰

....

فی قوله لک یا رب شرطی حیث ذکر انه بمعنی الالتزام مع وضوح انه فی کلا الموردین بمعنی الالتزام.

و امّا دعاء الندبـهٔ فإن إعطاء اللّه سـبحانه العزّ و المجـد و اختیاره الأولیاء لیس من قبیل المعاملهٔ لیکون شـرط الزهد من قبیل الإلزام فی المعاملـهٔ؛ بـل الإلـزام فیه بمعنی التکلیف و بمـا انه سـبحانه قـد علم بطـاعتهم و الوفاء بالتزامهم بالزهـد و قـد شـملهم العنایـهٔ من الأول فأعطاهم ما اقتضـی علمه و قضاه جل و علا و مثل ذلک من اسـتعمال لفظ الشـرط فی الإلزام أو الالتزام الابتدائیین، و لکن و استعماله فیه أو فی مطلق الحکم تکلیفیـا کان أو وضـعیّا کما فی قوله شـرط اللّه قبل شـرطکم و الشـرط فی الحیوان ثلاثـهٔ أیام و فی غیره حتی یفترقا لا یوجب ظهوره فی مطلق الالتزام أو الإلزام لیحمل قوله علیه السـلام فی صـحیحهٔ عبـد اللّه ابن سـنان أو غیرها (المسـلمون عند شروطهم) علیه و یتمسک به فی موارد الشک فی لزوم المعاملـهٔ و جوازها بالتقریب المتقدم فی قوله سـبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بان یقال أصل المعاملهٔ شرط فیجب الوفاء بها فینتزع من وجوبه لزومها).

و قد یقال ان الشـرط بمعنی مجرد ربط الشـیء بالشـیء و قد یکون الربط أمرا واقعیا خارجیا کالشـرط الأصولی و النحوی و قد یکون جعلیا کما فی التزام الشخص بفعل حیث یربط الشخص الفعل لنفسه و عهدته أو معاملیا بان یربط المعاملهٔ بذلک أی علی الالتزام به لا علی الملتزم به. و لکن لا یخفی ان ذلـک مع عـدم تمـامه فی نفسه کما یأتی لا یوجب ظهور اللفظ فی الروایـهٔ فی مطلق الربط الـذی یجعله المسـلم سواء کان من قبیل الالتزام الابتدائی أو الالتزام فی المعاملهٔ بل المتیقن منه هو الشـرط فی المعاملهٔ لو لم نقل بظهوره فیه

بخصوصه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱

و ربّما يقال ان مقتضى استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك (۱).

---

(۱) و حاصل ما ذكر (قده) فى الجواب عن استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الأوّل هو أنه ان كان المراد بعلاقة المالك الأول، الملك فمن الظاهر انه قد زال بالبيع، و كذا ان كان المراد بها متفرعات الملك فإنّه مع زوال الملك لا تبقى متفرعاته، و ان أريد السلطنة على اعادة العين الى ملكه فهذه السلطنة لم تكن فى زمان الملك، و لا يمكن اجتماعها معه إذ إعادة الملك فرض عدم الملك فعلا.

و الحاصل ان هذه السلطنة تحدث بعد زوال الملك بثبوت الخيار فى المعاملة.

و ان أريد استصحاب هذه السلطنة بعد انقضاء خيار المجلس فلا مجال لهذا الاستصحاب فإنه لا يجرى فى موارد عدم ثبوت خيار المجلس، بل مطلقا لانّ خيار المجلس كما هو ظاهر الأخبار ينتهى بالتفرق و مع الشك فى لزوم المعاملة و جوازها يكون المورد من موارد الأخذ بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و يكون استصحاب بقاء الملك بعد إنشاء الفسخ من أحدهما جاريا بلا معارض.

أقول: لا يخفى ما فى كلامه (قده) من الضعف فإنّه إذا كان خيار المجلس موقتا بالافتراق فلا مجال لاستصحاب هذا الخيار بعد هذا الخيار، و لو كان البيع بعد الافتراق خياريا كما فى شراء الحيوان. فالخيار الثابت خيار آخر، و مع عدم قيام الدليل عليه لا يصحّ استصحاب طبيعى الخيار فإنّه من استصحاب القسم الثالث من الكلى. و لو قيل بان المرجع فى العام المخصّص فى غير زمان التخصيص هو عموم العام سواء كان عمومه من جهة الزّمان ايضا استغراقيا أو استمراريا كان المرجع فى مفروض الكلام عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و ان لم نقل بالتمسك بالعام فيما إذا كان عمومه استمراريّا فيتعين الأخذ باستصحاب بقاء الأثر الحاصل بالعقد فالجمع بين التمسّك بعموم العام و الأخذ بهذا الاستصحاب كما هو ظاهر كلامه غير ممكن. و امّا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲

نعم هو حسن فى خصوص المسابقة (۱).

ما ذكر فى استصحاب عدم انقطاع سلطنة المالك عن المال و كون هذا الاستصحاب حاكما على استصحاب بقاء الأثر ففيه ما تقدم من ان الخيار لا يكون حقّا متعلّقا بالمال بل هو كما تقدم ملك فسخ العقد، و هذا الملك غير ثابت قبل البيع لا للبائع و لا المشترى حتى يستصحب.

و دعوى ان الخيار مرتبة ضعيفة من ملك المال، و لذا يقال ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك و بتعبير آخر السلطنة المتعلقة بالمال بمرتبتها القويّة تكون ملكا و ان تنزلت الى مرتبتها الضعيفة فتكون حقّا و على ذلك فيكون استصحاب طبيعى السلطنة على المال من قبيل استصحاب طبيعى السواد للجسم بعد العلم بزواله بمرتبته الشديدة و احتمال بقائه بمرتبته الضعيفة موهومة لأنّ كل من ملك المال و خيار الفسخ فى المعاملة أمر اعتبارى يؤخذ من العرف و الخيار فى المعاملة عندهم كما مرّ حق يتعلّق بفسخ العقد و لا يكون حقّا فى المال؛ و لذا يجوز لمن انتقل اليه المال فى المعاملة التصرف فيه بما شاء و لو مع الخيار لصاحبه إلّا إذا اشترط صاحبه عليه إبقائه، كما فى بيع الخيار و لا يكون الملك و الخيار عندهم شيئا واحدا يختلفان بالشدة و الضعف. و أمّا ثبوت حق آخر متعلق بالعين غير الخيار فى العقد و غير الجواز الحكمى فلا يحتمل فى العقود.

(۱) و حاصله انه إذا تضمّن العقد التمليك كالبيع و الإجارة أو التسليط، كما فى الوكالة حيث ان المالك يسلّط الغير على التصرف فى ماله و لم يتمّ دليل على جوازه أو لزومه فيمكن الحكم بلزومه باستصحاب ذلك الملك أو التسليط بعد فسخ أحد المتعاقدين. و امّا

إذا لم یتضـمن العقد التملیک أو التسلیط أی التملیک أو التسلیط الفعلیّین و ان تضمّن ملکا أو تسلیطا تعلیقیا و مشروطا کما فی عقدی المسابقهٔ و الوصیّهٔ فمع عدم قیام الدّلیل علی لزومه أو جوازه یکون مقتضی الأصل جوازه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳

ثم ان ما ذکرنا من العمومات المثبتهٔ لأصالهٔ اللّزوم (۱).

حیث یستصـحب فیه عدم الأثر فیقال أنّه قبل ان تحقق فوز السابق لم یکن العوض المقرر ملکا له و بعد فوزه مع فسخ أحد المتعاقدین قبله یشک فی استحقاقه و تملکه إیّاه فالأصل عدم انتقال ذلک العوض الیه و کذا الحال فی الوصیّهٔ).

أقول: لو وصـلت النوبهٔ الی الأصل العملی فی مثل عقدی المسابقهٔ و الوصیهٔ لکان مقتضی استصحاب بقاء العقد بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه لزومه لانّ عقد المسابقهٔ و لو قیل بعدم تضمّنه الالتزام و التعهد بالسبق و النضال بل مدلوله مجرد جعل ملک العوض لمن فاز فی السبق بمفاد القضیّهٔ الشـرطیهٔ علی ما قیل بان مفادها مفاد الجعالهٔ الّا ان هذا الجعل بعنوان القضـیهٔ الشرطیهٔ بقائه مشکوک بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه فیستصحب و یجری هذا فی الوصیهٔ أیضا، فإن جعل ملکیهٔ مال لشخص علی تقدیر وفاهٔ الجاعل کما هو مفاد الوصـیهٔ التملیکیهٔ یستصحب و یکون هذا الاستصحاب حاکما علی استصحاب عدم الأثر قبل تحقق الشرط کالفوز فی المسابقهٔ و حیاهٔ الموصی، فإن الجعل بمفاد القضیهٔ الشرطیهٔ مفاده فعلیّهٔ الجزاء بفعلیهٔ الشرط علی ما هو المقرر فی بحث عدم نسخ الأحکام.

و ممـا ذکر یظهر أنه لاـ تصـل النوبـهٔ فی الشـک فی العقود التی مفادهـا الملـک أو التسـلیط الفعلی إلی استصـحاب ذلـک الملک أو التسـلیط بل الاستصـحاب فی ناحیهٔ بقاء نفس العقد من البیع و الإجارهٔ أو الوکالهٔ أو غیرها، بمعنی عدم إمضاء الشارع إلغائها بعد فسخ أحدهما یکون جاریا و یترتّب علیه بقاء الملک أو التسـلیط و غیرهما هذا کله مع القول باعتبار الاستصحاب فی الشبهات الحکمیهٔ کما هو المفروض فی المقام.

(۱) و حاصـله انه إذا شـک فی لزوم عقـد و جواره بالشـبههٔ الموضوعیـهٔ بـأن لم یعلم ان العقـد الواقع خارجا ما هو و هل هو داخل فی عنوان العقد الجائز أو اللازم فان قیل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴

....

بجواز التمسک بالعام فیما إذا تردّد أمر الفرد بین بقائه تحت العام أو دخوله فی عنوان الخاص الخارج فیحکم بلزوم ذلک الفرد أخـذا بعموم مثـل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ان منعنـا عن ذلک تصل النوبـهٔ إلی استصـحاب بقاء الأثر المتیقن الحاصل بالعقـد علی کل تقدیر و یکون نتیجهٔ هذا الاستصحاب لزوم العقد.

و الأخذ باستصـحاب الأثر ینحصر بما إذا لم یکن فی البین أصل موضوعی یعین ان الواقع خارجا فرد جائز کما إذا تردد تملیک العین مجانا بین کونها هبـهٔ أو صدقـهٔ فإنهما یشترکان فی کونهما تملیک المال مجانا و افتراق الصدقـهٔ عن الهبـهٔ بکون التملیک فی الصدقهٔ بقصد التقرب و استصحاب عدم قصد التقرب فی التملیک مقتضاه کونها هبهٔ یجوز لصاحب العین ان یرجع فیها ما دامت باقیهٔ.

ثم ان مـا ذکر من الأخـذ باستصـحاب بقاء الأثر مع عـدم الأصل الموضوعی المحرز لعنوان العقـد الجائز فیحکم باللزوم لیس معناه انه باستصحاب بقاء الأثر یثبت عنوان العقد اللازم و یرتب سائر آثاره کما إذا شک فی ان تملیک العین کان بعنوان الهبهٔ لیجوز لصاحبها الرجوع فیها ما دامت باقیهٔ أو کان بیعا فلا یجوز الرجوع فیها فباستصحاب بقاء ملک العین لمن انتقلت الیه یحکم بلزوم التملیک. و امّا ثبوت عنوان البیع فلاـ لأنّ إثبات عنوان الموضوع باستصـحاب حکمه أصل مثبت بخلاف إثبات الحکم باستصـحاب عنوان الموضوع بـل یرجع بالإضافهٔ إلی سائر آثـار عنوان العقـد اللاـزم بالأصـل الجـاری فیهـا و لو شـک فی ثبوت العوض بذمّـهٔ من انتقل الیه العین

فالأصل عدم اشتغال ذمته بالعوض هذا فیما إذا تردد الأمر بین الهبة الصحیحة و البیع الصحیح.

و أمّا إذا تردّد بین الهبة الفاسدة و البیع الفاسد و کانت العین تالفة فی ید من انتقل الیه بالعقد الفاسد فیحکم بضمانة تلک العین أخذا بعموم علی الید و لو قیل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵

....

بـان خروج المأخوذ بالهبـة من عموم حـدیث (علی الیـد) مانع عن الأخـذ به فی الفرد المشـکوک فیرجع فی الضـمان ایضا الی أصالة البراءة.

أقول: ان کان تملیک المال مجانا مطلقا أو من فقیر بـداع قربی یطلق علیه الصدقـة، و ان کان بـداع آخر یطلق علیه الهبـة و الهبة یجوز الرجوع فیها ما دامت العین باقیة الّا فی موارد خاصة کالهبة للأرحام أو مع التعویض و فی صـحیحة عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه و عبد اللّه بن سـلیمان جمیعـا قالاـ سألنـا أبـا عبـد اللّه علیه السـلام عن الرجل یهب الهبـة أ یرجع فیها ان شاء أم لا؟ فقال (تجوز الهبـة لـذوی القرابـة) و الـذی یثاب عن هبته و یرجع فی غیر ذلک ان شاء؛ و المراد بالجواز النفوذ و اللزوم و هـذا بخلاف الصدقة فإنّه لا ترجع فی تملیک یقصد به وجه اللّه؛ و فی صحیحة زرارة کان النّاس علی عهد رسول اللّه (ص) ینحلون و یهبون) و لا ینبغی لمن أعطی للّه شیئا أن یرجـع فیه و مـا لم یعـط للّه و فی اللّه فـإنّه یرجع فیه نحلـة کـانت أو هبـة). و المراد بلاـ ینبغی عـدم نفوذ الرجوع و لو بقرینـة سـائر الروایات و علی ذلک فإذا شک فی کون العقـد الواقع خارجا هبة لیجوز الرجوع فیها أو أنها صدقة لیلزم فأصالة عدم قصد التقرب فیه کمـا هو مفـاد استصـحاب السالبـة بانتفـاء الموضوع المعبر عنه باستصـحاب العـدم الأـزلی محرزة لجوازه فإنهـا تحرز دخول التملیک المفروض فی قوله و ما لم یعط للّه و فی اللّه و لا نحتاج فی إثبات الجواز إلی إثبات عنوان الهبة لیقال ان عنوان الهبة لا یثبت بالأصـل المزبور و یجاب بأن الهبة هی التملیک مجانا غایة الأمر حکم علی بعض إفرادها المعبر عنه بالصدقة باللزوم کما هو ظاهر الصحیحة.

ثم ان القبض معتبر فی الهبـة علی المشـهور و یـدل علی ذلک الروایات منها الدالة علی ان العین الموهوبة مع عدم القبض یرجع میراثا للواهب و کذا الصدقة لا تکون لازمة الّا بالقبض فإنّه و ان ورد فی بعض الروایات ما ظاهره عدم اعتبار القبض فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶

....

الصدقـة کروایـة أبی بصـیر و لا یبعد اعتبارها سـندا عن أبی عبد اللّه علیه السـلام قال الهبة لا تکون أبدا هبة حتی یقبضـها و الصدقة جائزة علیه الّا أنها تحمل علی استحباب القبض بقرینـة بعض الرّوایات الدّالـة علی اعتبار القبض فی الصدقـة کصـحیحة علی بن جعفر عن أخیه موسـی ابن جعفر علیهما السـلام قال (إذا کان أب تصدّق بها علی ولد صـغیر فإنها جائزة لأنّه یقبض لولده إذا کان صغیرا، و ان کـان ولـدا کبیرا فلاـ یجوز له حتی یقبض)؛ و ایضا ما فی بعض الروایات من إطلاق نفوذ الهبـة علی الأرحام یقیـد بما بعـد القبض بشـهادة موثقـة جمیل بن دراج عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام فی رجل وهب لابنه شـیئا هل یصـلح أن یرجع فیه قال (نعم الّا أن یکون صغیرا)؛ و فی صـحیحة محمد بن مسـلم عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال (الهبة و النحلة یرجع فیها صاحبها حیزت أو لم تحز إلّا لـذی رحم فإنّه لا یرجع فیها)، فإنّه بناء علی ما تقدم یقید عدم جواز الرجوع فی الهبة لذی رحم بما إذا کان بعد القبض أی الحیازة بقرینة موثقة جمیل و نحوها.

و امّا مسئلة الاختلاف فی کون العقد الواقع هبة أو بیعا فان کان الاختلاف فی مجرد اشـتغال ذمة من انتقل الیه العین بالعوض و عدمه کمـا إذا کـان الاختلاـف بعـد تلف العین أو مع کون المنتقـل الیه من الأرحام فیجری استصـحاب عـدم البیع بلا معارض، فالقول قول

منکر البیع فعلیه الحلف علی عـدم البیع، و ان کـان الاختلاف فی جواز الرجوع فی العین و عـدمه خاصـهٔ، کما إذا ادّعی من انتقل الیه العین انه اشتراها و دفع الی صاحبها ثمنها و قال المالک قـد وهبتها فله الرجوع فیها فالقول قول مـدّعی البیع أخـذا بأصالـهٔ بقاء الملک لمن انتقلت الیه فعلیه الحلف علی عدم وقوع الهبهٔ.

و ان کان الاختلاف فی کل من اشتغال الذمهٔ بالعوض و جواز الرجوع کما إذا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷

....

ادّعی المالـک انه قـد باعهـا بکـذا و ادّعی من انتقـل إلیه أنّه وهبهـا، فربّما یقال ان المورد من موارد التحالف لان لکل من الهبـهٔ التی یـدعیها من انتقل الیه العین و البیع الـذی یـدعی صاحبها أثر خاص فیکون أصالـهٔ عـدم وقوع البیع معارضـهٔ بأصالـهٔ عدم وقوع الهبهٔ و بالتحالف یحکم بانفساخ المعاملهٔ و رجوع العین الی صاحبها.

و لکن الصـحیح ان المورد لیس من موارد التحـالف فان التحالف ینحصـر بموارد دعوی کل من المتخاصـمین علی الآخر شـیئا، و فی الفرض لا ـ یـدّعی من انتقـل الیه العین علی الآخر شـیئا، و لـذا یحلف علی نفی البیع أو علی عـدم اشـتغال ذمته بالعوض، و لکن یجوز لصاحب العین الرجوع فیها لاتفاقهما علی ذلک فإنه یعترف من انتقل الیه بذلک بمقتضـی الهبهٔ کما یدعیه صاحبها باعتبار انّه مقتضی تخلف الآخر عن أداء الثمن فان التخلف المزبور أحد موجبات الخیار، کما یأتی فما ذکره المصـنف (ره) من الحکم فی الفرض بلزوم الملک و عدم اشتغال ذمّهٔ من انتقل الیه بالعوض لا یمکن المساعدهٔ علیه.

هـذا کله مع دوران العقـد بین الهبهٔ و البیع فی مقام المرافعهٔ، و اما دورانه بینهما فی غیر مقام المرافعهٔ کما إذا علم بأنّ العین قد تملکها من الآخر و شک فی کونه بالهبـهٔ أو بالبیع و ان عهـدته مشـغولهٔ بالعوض فان کانت العین تالفهٔ أو ذی رحم فیأخذ بأصالهٔ برأیه عهدته عن الاشـتغال بالعوض و کـذا إذا کانت العین موجودهٔ ما دام لم یرجع فی الهبهٔ المالک الأول. و امّا رجوعه فیها فعلمه إجمالا بوجوب دفع العین الیه کمـا لو کانت هبـهٔ أو بـدله کما إذا کانت بیعا یکون موجبا لوقوع التعارض بین أصالـهٔ عـدم الهبـهٔ و لزوم الملک و بین أصالهٔ عدم البیع و عدم اشتغال عهدته بالبدل فیلزم علیه التصالح کما لا یخفی).

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۸

[أقسام الخیار]

[الأول: خیار المجلس]

اشارهٔ

فالمراد مطلق مکان المتبایعین (۱).

و امّا مسئلهٔ ضـمان المال فیما إذا تردد أمر العقـد الفاسـد بین کونه هبـهٔ فاسدهٔ أو بیعا فاسدا فیحکم فیه بالضـمان سواء کان ذلک فی مورد الترافع أو غیره و ذلک فإن الإقـدام علی الضـمان لا یکون موضوعا لضـمان المال، و لذا لو وضع أحدٌ یده علی مال الغیر اعتقادا بأنه ماله و تلف ذلک المال فی یـده یکون ضامنا مع عـدم حصول الاقـدام علی الضـمان و لا فرق فی الحکم به القول باعتبار (حدیث علی الیـد) و ان الخـارج منه موارد إلغـاء المالـک احترام ماله بـدفعه الی الغیر مجانا أو بالإذن له بالإتلاف و الإیتمان المالکی أو أخذ

المال إحسانا إلى مالكه أم قلنا بعدم اعتباره لضعف سنده فإنّه إذا قيل باعتبار الحديث و خروج الموارد المشار إليها بالتخصيص فالأمر ظاهر لان مع وضع اليد على المال و أصالهٔ عدم إسقاط المالك حرمهٔ ذلك المال بدفعه اليه مجانا يحرز بقاء ذلك المال تحت عموم على اليد.

و امّا إذا قلنا بعدم اعتباره فلا- ينبغى الريب فى ان وضع اليد على مال الغير فيما إذا لم يكن مع إلغاء المالك احترامه أو الايتمان أو الإحسان إليه موضوع للضمان فى بناء العقلاء الممضى من الشارع كما يكشف عنه عدم وصول الردع بل فى وصول الإمضاء فى بعض الموارد و عليه فإذا أحرز وضع اليد على المال الغير كما هو الفرض فى المقام و جرى أصالهٔ عدم إلغاء المالك احترام ماله بالهبهٔ فيحكم بالضمان لتمام موضوعه بضم الوجدان الى الأصل.

(۱) يعنى ليس المراد بالمجلس فى خيار المجلس ليس خصوص المجلس لئلا يثبت الخيار فيما إذا تبايعا حال المشى بل المراد ثبوت الخيار للمتبايعين حال العقد، و ان لم يكن مكانهما من قبيل المجلس فإنه فى الفرض ايضا يثبت الخيار لهما الى افتراقهما و لا خلاف فى ثبوت خيار المجلس عندنا، و ان خالف فيه بعض مخالفينا و فى موثقهٔ غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام قال (إذا صفق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۹

لا إشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليّين (۱).

الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا)، و قيل انها تحمل على ثبوت البيع و عدم اشتراط أمر آخر فى تمامه كما فى بيع الصرف و السلم، لانّ الوجوب فى اللغهٔ هو الثبوت.

و لكن لا يخفى انه لا يعد ذلك جمعا عرفيا بين الموثقهٔ و بين مثل صحيحهٔ الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام (أيّما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع حيث ان حمل الوجوب فى الأول على ثبوت البيع، و فى الثانى على لزومه جمع تبرّعى و عليه فيتعيّن طرحها لكونها معرض عنها عند الأصحاب و موافق لبعض العامهٔ حيث أنكروا خيار المجلس كما مرّ.

(۱) و حاصله انه إذا كان المباشر للبيع و الشراء أصليين يثبت لهما خيار المجلس و كذا فيما إذا كانا وكيلين فانّ ثبوته لهما فى الجملهٔ أيضا مقطوع، و انّما الكلام فى ثبوته للوكيلين مطلقا حتى فيما لو كانا وكيلين فى مجرد إجراء صيغهٔ عقد البيع و ذكر العلامهٔ فى التذكرهٔ ثبوته للوكيلين و لموكليهما ايضا مع كونهما فى مجلس العقد لا مع عدم حضورهما؛ نعم إذا مات أحد الوكيلين قبل الانتقال ينتقل خياره الى موكله الغائب لأنّه أحقّ بالخيار من وارث الوكيل؛ ثم ذكر ان للشافعيهٔ القائلين بخيار المجلس قولين أحدهما ثبوت الخيار للموكل ابتداء و الثانى انه يثبت للوكيل.

و ذكر المصنف (ره) انّ الوكيل فيما كان وكيلا فى مجرد إجراء لصيغهٔ العقد فلا يثبت له الخيار أصلا، و ذكر لذلك وجوها الأوّل انّ قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا المتفاهم منه غير هذا الوكيل و لو بناء على عموم المتبايعين و شموله للوكيلين ايضا، و الإغماض عمّا ذكره فى جامع المقاصد من انصرافهما بملاحظهٔ الغلبهٔ إلى البائع و المشترى المالكين.

و الثانى: ان مقتضى أدلّهٔ الخيار و منها خيار المجلس تعلق حق لكلّ من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰

....

المتعاقدين على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن كونه سلطانا لما انتقل اليه فلم يحرز فى المقام سلطنته الوكيل العاقد لما انتقل الى المالك الموكل فيكون ما نحن فيه نظير ما شك فى ثبوت خيار المجلس فى مورد كون ما انتقل اليه ممن ينعتق عليه أو احتمال أن يكون ما

انتقل اليه مما يجب صرفه فى الإنفاق الواجب عليه أو وجوب إعتاقه بالنـذر فإنه لا يمكن الحكم بثبوت الخيار فى هـذه الموارد أخـذا بقوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا)، و إثبات ان المبيع ليس ممن ينعتق عليه أو لا يجب عليه إعتاقه بالنذر أو لا يجب صرفه فى إنفاقه.

الثّالث: انّه لا ينبغى الريب فى انّ الخيار الحيوان لا يثبت فى حق الوكيل فى مجرّد إجراء صـيغة شراء الحيوان و قد ذكر مقارنا مع خيار المجلس فى الاخبـار كمـا فى قـوله عليه السـلام الشـرط فى الحيوان الى ثلاثـة أيّام و فى غيره حـتى يفترقـا و خيـار الحيوان مع خيـار المجلس، و ان كانا حكمين يمكن ان يكون الموضوع لأحدهما العاقد المالك و للآخر مطلق العاقد الّا انّ وحدة السياق يشهد بأنّ من ثبت له الخيار فى شراء الحيوان الى ثلاثة أيّام هو الذى يثبت له خيار فى غيره حتى يفترقا.

الرابع: ان الحكمة فى جعل الخيار ملاحظة المتبايعين صـلاحهما فى البيع الواقع و هذا لا يجرى فى حق الوكيل فى مجرّد إجراء صـيغة البيع.

و الخـامس: ان سائر الخيارات كالغبن و الغيب و غيرهما لا يثبت فى حق الوكيل فى مجرد إجراء الصـيغة و يكون خيار المجلس ايضـا كـذلك و لاـ يبعـد ان يكون مراد التـذكرة من الوكيـل غير هـذا الوكيل، فالقول بثبوت الخيار لهـذا الوكيل كما عن صاحب الحـدائق ضعيف و أضـعف منه ثبوته فى حقه حتى مع منع موكله عن فسخ البيع بدعوى ان الخيار حق للعاقد فله ان يستوفيه بفسخ العقد و ليس منع المالك مبطلا للحق المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۱

....

أقول: ما ذكره (ره) من انصـراف أدلّـة الخيار عن الوكيل فى مجرد إجراء الصـيغة فله وجه فان البيع و ان ينتسب الى كل من الوكيل و الموكل فيصحّ للوكيل ان يقول بعت دار فلان من فلان كما إذا احتاج اليه فى مقام الشـهادة و نحوها كما يصحّ للموكل ان يقول بعت دارى من فلان و مناسبة الحكم و الموضوع و ملاحظة حكمة الخيار و هو التروّى فى صلاح البيع مقتضاه ثبوت الخيار للموكل كما قد يقتضـى ملاحظة المناسبة بين الحكم و موضوعه ثبوت الحكم لمن ينتسب اليه الفعل بالتسبيب كقوله عليه السلام (من بنى مسجدا بن اللّه بيتا له فى الجنّة)، أو ثبوت الجزاء لمن ينتسب اليه الحلق كذلك فى قوله من حلق أو قصّر قبل السعى فعليه كذا الى غير ذلك.

و امّا الوجه الثانى: فلا يمكن المساعـدة عليه فان الخيار كما تقـدم ملك فسـخ العقد فلا يكون لذى الخيار سـلطنة على ما انتقل عنه و كذا كون الخيار فرع سـلطنته الى ما انتقل اليه، و انّما يرجع ما انتقل عنه الى ملكه بالسـبب السابق على البيع على تقدير الفسخ، و لذا لا يكون قوله (ص) (الناس مسـلطون على أموالهم)، نافيا للخيار فى البيع و دعوى ان الخيار فرع الإقالـة بمعنى ان الخيار يثبت فى حق من شرع فى حقه الإقالـة، و ان الإقالة لا تثبت فى حق الوكيل فى مجرد إجراء صـيغة البيع، بل يثبت فى حق المكلف بالقبض و الإقباض و الوفـاء بـالبيع فلا يمكن المساعـدة عليها أيضا فإن عـدم ثبوت الإقالـة فى حق الوكيل فى مجرد إجراء الصـيغة بالوجه الأول أى دعوى الانصـراف الجارى فى خيار المجلس و غيره و مع قطع النظر عنه فيمكن دعوى صـحة الإقالـة من الوكيل المزبور ايضا حيث ان الإقالة هو الاجتماع مع الطرف الآخر على فسخ البيع أو غيره كما لا يخفى.

و امّا وحدة السياق فلا شهادة فيها فان ذكر خيار الحيوان مع خيار المجلس فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲

....

خطـاب و العلم بعـدم ثبوته خيـار الحيوان للوكيـل غـايته ان لاـ يكون ذلك الخطاب ظاهرا فى ثبوت خيار المجلس للوكيل، و هـذا لا

ینافی الأخذ بخطاب آخر لم یذکر فیه خیار الحیوان بل ذکر فیه خیار المجلس لعنوان عام یعم الوکیل ایضا، و أیضا بما انّ الحکمة فی الحکم و منه حکمة الخیار غیر العلة فلا یمکن الاستشهاد لعموم الحکم أو اختصاصه بعموم الحکمة و خصوصها و غایة ما یمکن ان یقال هو استظهار الحکمة من الروایات الواردة فی خیاری المجلس و الحیوان و انها بحسب المتفاهم العرفی هو التّأمل فی صلاح البیع و فساده، و هذا شأن المالک دون الوکیل فی مجرّد إجراء الصیغة البیع أو غیره.

و قد یستدلّ علی عدم ثبوت الخیار للوکیل بوجه آخر و هو ان أدلة الخیارات تخصیص فی عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و بما ان وجوب الوفاء فی الآیة متوجه الی المالکین لما تقدم من انّ المراد بالوفاء بالعقد ترتیب الآثار علیه حتی بعد فسخ أحدهما فیکون وجوبه وظیفة علی المالکین و ینتزع منه الحکم الوضعی أی لزوم العقد فیکون أدلّة الخیار تخصیصا فی التکلیف بالوفاء بالعقد و یکون الخیار حکما للمالکین لا محالة.

و الجواب ان توجه وجوب الوفاء الی المالکین لا- یلازم ثبوت الخیار لهما دون الوکیلین حیث ان وجوب الوفاء، إمّا إرشاد إلی لزوم العقد باعتبار انّه لیس فی البین ملاک الحکم التکلیفی فی الوفاء بعقد البیع و نحوه من المعاوضات فیکون ما دلّ علی ثبوت الخیار موجبا لارتفاع ذلک الحکم الإرشادی مطلقا فیما إذا کان الخیار ثانیا للمالکین، و فی فرض فسخ ذی الخیار فیما إذا کان الخیار ثابتا للوکیل أو الأجنبی، و امّا تکلیف نفسی علی ما یظهر من المصنف (ره) و غیره فیکون ثبوت الخیار موجبا لورود التخصیص علیه ایضا کما ذکر و علی کل تقدیر فتوجه الوجوب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳

و علی المختار فهل یثبت للموکلین فیه إشکال (۱).

الإرشادی أو التکلیفی بالوفاء بالمعاملة لا تکون قرینة علی انصراف أدلة الخیار الی ثبوته لمن هو مکلف بالوفاء بالعقد فإنه إذا جاز اشتراط الخیار للأجنبی و الوکیل أمکن ثبوت الخیار التأسیسی لهما ایضا فلا بدّ فی کونه حقّا للمالک أو غیره من الوکیل أو الأجنبی من ملاحظة أدلة الخیارات و سائر القرائن.

(۱) قد ظهر مما ذکرنا ثبوت الخیار فی الفرض للموکّلین لاستناد البیع إلیهما و الی الوکیلین أیضا الّا أنّ ملاحظة مناسبة الموضوع و الحکم و لو بملاحظة حکمة الخیار الظاهرة من الروایات کون الخیار فی الفرض حکما علی من ینتسب الیه البیع بالتسبیب بالمعنی المتقدم و لکن ثبوت الخیار للموکلین مختص بصورة حضورهما مکان العقد من حین العقد لاستفادة ذلک من الافتراق الوارد غایة للخیار المزبور فان الافتراق فرع فرض الاجتماع الحاصل حال العقد فیکون العبرة بافتراق الموکلین و لا اعتبار بافتراق الوکیلین هذا.

و لکن قد ذکر بعض الأعاظم (دامت أیامه) ان الخیار کما لا یثبت فی الفرض فی حق الوکیل کذلک لا یثبت فی حق الوکیل، و اما عدم ثبوته فی حق الوکیل لانصراف خطاب الخیار عن الوکیل المزبور فإن الوکالة فی مجرد إجراء صیغة البیع أمرٌ نادر ینصرف خطاب الخیار عنه؛ و امّا عدم ثبوته فی حق الموکل فی الفرض بل فی الفرضین الآیتین ایضا لعدم قیام مبدء البیع به و عدم صدوره عنه بل قیامه و صدوره عن الوکیل و دعوی ان الوکیل کالآلة و لسان الموکل کل ذلک غیر صحیح لانّ الفاعل المختار لا یکون من آلة الفعل لینتسب الفعل الی من یستعمل الآلة. و الحاصل قیام المبدء بالوکیل و انتسابه إلیه حقیقی و قیامه بالموکل و انتسابه إلیه مجازی و الجمع بینهما بإرادة کل منهما یکون من قبیل استعمال اللفظ فی أکثر من معنی و الاستعمال المزبور علی تقدیر إمکانه یحتاج إلی قرینة و استعمال البائع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴

و ان کان وکیلا فی التّصرف المالی کأکثر الوکلاء (۱).

أو البيّع فى الجامع بحيث يعمّها لعدم الجامع بين الربطين الـذين كل منهما معنى حرفى غير موجود و على تقدير إمكان الجامع يحتاج هذا النحو من الاستعمال ايضا الى القرينة.

أقول: لو فرض شخصان أحدهما بنى مسجدا بالمباشرة و صرف مؤنته من ماله و الآخر بنى مسجدا آخر لا بالمباشرة أو شخصان أحدهما حلق رأسه بالمباشرة فى إحرام عمرته المفردة قبل سعيه و الآخر حلق رأسه كذلك بالتّسبيب فهل يعمّهما قوله عليه السلام: (من بنى مسجدا بنى اللّه بيتا له فى الجنة)، و قوله (من حلق أو قصّر قبل سعيه فعليه كذا) أو يختصّ بالمباشر بالبناء أو الحلق فقط لا أظن الالتزام منه طال بقاه أو من غيره بالاختصاص، و ان قال بالعموم كما هو ظهورهما فى ذلك عرفا فيقال نظيره فى المقام بالإضافة إلى قوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا)، و أنّه يعمّ الموكل فى الفرض و الوكيل فى الفرض الآتى بل الوكيل و الموكل فى بعض الفروض على ما يأتى و كون هذا الاستعمال بنحو الحقيقة أو المجاز لا يهمّنا بعد التسالم على الظهور فإن العبرة به لا بكون الاستعمال بنحو الحقيقة أو المجاز كما لا يخفى.

(١) و حاصله ان الوكيل فى التصرف المالى فى مقابل الوكيل فى إجراء صيغة البيع فيما كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكّل نظير العامل فى مال المضاربة بحيث يكون وكيلا فى التصرف فى المال المزبور بما يراه مصلحة من بيعه و إقالة ذلك البيع أو فسخه باشتراط الخيار لنفسه و شراء مال آخر ببدله و نحو ذلك فلا يبعد ثبوت خيار المجلس لهذا الوكيل بخلاف ما إذا كان وكيلا فى التصرف الخاصّ فى ذلك المال كبيعه أو شراء ثوب له و نحو ذلك فان هذا الوكيل لا يثبت فى حقه خيار المجلس، و ليس الوجه فى ثبوت الخيار فى الفرض الأول دون الثّانى انصراف اخبار الباب عن الثانى دون الأول ليقال ان إطلاق البائع و البيّع على الوكيل فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۵

....

الفرضين لتعارفهما شائع بل الوجه ان الخيار سلطنة على اعادة ما انتقل عنه بعد تمكنه على ردّ ما انتقل اليه و يكون للوكيل هذه السلطنة فى الفرض الأول دون الثانى لأن المفروض فى الفرض الأول انه وكيل فى التصرف فى المال بما يراه من بيعه و اقالة ذلك البيع و فسخه بشرط الخيار و شراء شيء آخر بثمنه أو غير ذلك بخلاف الفرض الثانى فإنه ليس وكيلا إلّا فى بيع المال و لا سلطان له على اعادة الثمن و ردّه على مالكه الأصلى بالإقالة أو غيرها لأنه تنتهى وكالته بتمام البيع.

أقول: قد تقدم ان الخيار هى السلطنة على فسخ العقد لا على اعادة المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن السلطنة عن ردّ المال المنتقل اليه و ما ذكر المصنف (ره) فى الاستشهاد لذلك من قوله ألا ترى انّه لا يجوز الأخذ بعموم البيعان بالخيار و الحكم بكون ما انتقل اليه ليس مما ينعتق عليه أو مما يجب صرفه فى النفقة الواجبة عليه أو فى الوفاء بالنذر لا يخفى ما فيه فان مسألة ثبوت الخيار فى مورد كون المبيع ممن ينعتق عليه يأتى الكلام فيها و على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار فيها يكون ذلك تخصيصا فى دليل خيار المجلس و يؤخذ بالعموم المزبور فى مورد الشك فى كون المبيع منه فيحكم بثبوت الخيار بعد جريان الاستصحاب فى عدم كونه ممن ينعتق عليه. و امّا فى مورد الشك فى كون المبيع ممّن يجب صرفه للمؤنة أو فى الوفاء بالنذر يحكم بثبوت الخيار حتى مع العلم بوجوب صرفه فيهما لعدم التنافى بين الخيار و جواز الفسخ وضعا و ثبوت التكليف بالصرف فى المؤنة أو الوفاء بالنذر و لو فسخ البيع فلا يكون مبغوضيته موجبا لبطلانه لعدم كون النهى عن معاملة، و منها الفسخ موجبا لفسادها.

و على تقدير كون المراد فرعيّة الخيار ملك الفسخ على جواز الإقالة فقد تقدم ان الخيار و الإقالة فى مرتبة واحدة و ليس أحدهما فرعا للآخر و على ذلك فلا بأس بالالتزام بثبوت خيار المجلس للوكيل فى الصورة الثانية أيضا كالأولى مع عدم جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶

....

الإقالة منه لانتهاء وكالته بالبيع لان الفسخ بخيار المجلس حكم وضعي للبائع الصادق على الوكيل و لو مع انتهاء سلطنته على التصرف فيما انتقل الى موكله؛ أضف الى ذلك انّ الوكيل لا- يقل عن نفس المالك فيما إذا باع المال و أخذ الثمن و تلف الثمن بيده قبل حصول الافتراق فان مع تلف الثمن لا- يكون له سلطنة على ما انتقل اليه التالف مع بقاء خياره حتى يفترقا، كما لا يخفى، و امّا ثبوت الخيار للموكلين فثبوته في الصورة الأولى مشكل جدّا، من حيث ان المالك فيها و ان يكون صاحب المبيع أو الثمن الّا ان الخيار في الأدلة لم يترتب على مالكهما بل على المتبايعين، و لذا لا يصدق عنوان البائع أو المشترى الّا على الوليّ أو العامل في المضاربة و يصح سلبهما عن المولّى عليه أو مالك رأس المال مع كونهما مالكين، لأنّ البائع ما يصدر عنه البيع بالمباشرة أو بالاستنابة و شيء من ذلك لم يتحقق بالإضافة إلى المالك في هذه الصورة، فلان مع تفويض أمر التصرف في المال الى الآخر بحيث كان له التصرف فيه بالبيع أو المصالحة أو الإجارة أو الهبة المعوضة و غير ذلك يكون البيع باختيار الوكيل فلا يستند الى المالك، بل لو استند لكان الاستناد ضعيفا، و لذا لا يصدق على مالك رأس المال في المضاربة أنّه تاجر يبيع و يشترى بقصد الربح.

لا يقال على ذلك يلزم ان لا يكون حنث لو حلف المالك على ترك بيع المال و باعه وكيله المزبور فإنه يقال الحنث تابع القصد فإن أراد عدم إخراج المال عن ملكه و لو ببيع وكيله حصل الحنث و الّا فلا.

و امّا ثبوته للموكل في الصورة الثانية التي يعيّن فيها المالك على الوكيل خصوص البيع و الشراء لاستناد البيع اليه كاستناده إليه في صورة التوكيل في مجرد إجراء الصيغة فيثبت له الخيار مع اجتماعه مع الطرف الآخر في مجلس العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۷

ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة (۱).

---

(۱) و عن النائيني (قده) ثبوت الخيار للوكيل في صورة كونه مستقلا في التصرف في المال دون ما إذا كان وكيلا في مجرد إجراء الصيغة أو التصرف الخاص و ثبوته للوكيل في الأول لكونه هو البائع حقيقة، كما إذا كان الأمر عليه فيما كان المالك هو العاقد و عدم ثبوته للوكيل في مجرد إجراء الصيغة أو التصرف الخاص فلعدم تمكنه على الإقالة باعتبار انتهاء وكالته بالبيع فلا يثبت في حقّه الخيار. امّا الموكّل فيثبت له الخيار مع حضوره مجلس العقد الّا في صورة التوكيل المستقل فإنّه يثبت فيه الخيار للموكل و لو مع عدم حضوره مجلس العقد لان حضور الوكيل مجلس العقد و اجتماعه مع الطرف الآخر يحسب حضورا و اجتماعا للموكّل ايضا. و عن بعض تلامذته انه لا يثبت الخيار للوكيل في شيء من الصور بل يثبت الخيار للمالك و يكون للوكيل الفسخ عنه فيما إذا كان وكيلا في جميع شؤون المعاملة كما في الوكيل المستقل، و لكن لا يعتبر في ثبوت الخيار للمالك حضور مجلس العقد بل العبرة في ثبوت الخيار اجتماع المباشر للعقد و افتراقه في جميع الصور.

أقول: إذا لم يكن المالك حاضرا مكان العقد فكيف يثبت في حقه الخيار خصوصا مع انتهاء وكالة الوكيل بإجراء صيغة البيع و تمام الشراء سواء كانا وكيلين في مجرد إجراء الصيغة أو في البيع و الشراء فلا يكون بقائهما في مجلس العقد محسوبا لوجود الموكلين في ذلك المجلس ببدنهما التنزيلين بل يجرى ذلك فيما إذا كان الوكيل مستقلا بحيث يكون له الوكالة في المال المنتقل الى موكله لأنّ الاجتماع و الافتراق من الوكيلين كالقيام و القعود منهما لا ينتسب الى موكلهما و ليست دعوى كون جلوسهما فيه جلوسا للموكل الّا كدعوى أن أكلهما فيه طعاما أكلا من موكلهما. و الحاصل ان ظاهر اخبار خيار المجلس فرض الاجتماع في مكان العقد في البيعان المحكوم لكل منهما بالخيار الى افتراقهما، و إذا لم يكن الموكل حاضرا مكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸

....

العقد حینه فلا یدخل فی الموضوع للخیار بلا فرق بین الصور الثلاث المتقدمة.

و علی تقدیر حضوره و ثبوت الخیار له و لوکیله فهل الثابت لهما خیار واحد بنحو سبق إلی إعماله کل منهما بالإسقاط أو الفسخ نفذ أو بنحو لا ـ ینفذ الّا مع اجتماعهما علی الفسخ، و ان لکل منهما خیار مستقل الظاهر من الروایات ان الثابت لکل من البائع و المشتری فی معاملة واحدة خیار واحد، و حیث ان ثبوته لأحدهما دون الآخر ترجیح بلا مرجح لاشتراکهما فی الدخول فی الموضوع للخیار فیکون مشترکا بینهما، نظیر ما یأتی من ثبوت خیار واحد للورثة فلا ینفذ الفسخ منهم الّا مع اجتماعهم علیه، و لو افترق واحد من الوکیل أو الموکل مجلس العقد سقط ذلک الخیار لحصول الافتراق بین البیعین الّذین کان لهما الخیار.

و القول بکفایة بقاء واحد من الوکیل أو الموکل مع واحد من الطرف الآخر بدعوی ان الخیار ثابت لعنوان البائع الصادق مع بقاء واحد من الوکیل أو الموکل لا یمکن المساعدة علیه لانّ مدلول قوله علیه السلام (البیعان بالخیار حتی یفترقا ثبوت الخیار للأشخاص لا لعنوان البائع نظیر ما ذکر بعض الفحول فی الواجب الکفائی من توجه التکلیف بالفعل إلی طبیعی المکلف لا إلی اشخاصه فانّ هذا خلاف ظاهر الروایات. اللّهم الّا ان یقال هذا لا ینافی لاستقلال کل منهما فی استعمال الخیار بمعنی ان کل منها سبق الی استعماله نقد کما هو ظاهر اسناد جواز الأمر الواحد الی کل من الوکیل و الموکل.

لا ـ یقال: لم لا ـ یکون لکلّ من الوکیل أو موکله خیار مستقل کما هو مقتضی انحلال خطاب البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإنّه یقال الخطاب المزبور انحلالی بالإضافة إلی أفراد البیع المنشأة ابتداء، و لکن لا انحلال فیه بالإضافة الی کل من صدق علیه عنوان البائع أو المشتری فی بیع واحد؛ و لذا لا یثبت لکل من الوارث

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹

تفویض الأمر إلی الوکیل بحیث یصیر ذا حق خیاریّ (۱).

خیار مستقل بالإضافة إلی حصّة و کذا لو اشتری حیوانین بصفقة واحدة و أراد فسخ البیع بالإضافة إلی أحدهما دون الآخر، فلا ینفذ ذلک لأنّ البیع المنشأ التام واحد؛ و ظاهر الأدلة ثبوت الخیار فیه لا فی البیوع التی ینحل إلیها ذلک البیع الواحد.

(۱) ظاهر الأدلة ثبوت الخیار للبائع و المشتری و یستفاد مما دلّ علی جواز إسقاط الخیار انه من الحقوق أی قابل للإسقاط؛ و امّا جواز نقله الی الغیر فلم یدل علیه دلیل کما انّه لم یقم دلیل علی ان کل حق یقبل النقل الی الغیر لیؤخذ به فی المقام و علی ذلک فلیس للموکل فیما ثبت له الخیار تفویضه الی وکیله أو الأجنبی.

نعم حیث انّ للموکل الفسخ و الإمضاء و کل منهما من الأفعال القابلة للنیابة فیمکن ان یوکّل الغیر فی الفسخ أو الإمضاء، بحیث یکون فسخه أو إمضائه أعمالا ـ لخیار الموکل و هذا لیس من التفویض فان معنی التّفویض نقل الخیار من نفسه الی الغیر بحیث لا یکون للموکل خیار بعد النقل و التوکیل فی الفسخ أو الإمضاء لیس من هذا القبیل بل للموکل بعده اعمال خیاره بنفسه بالإمضاء أو الفسخ و یکون ذلک فسخا عملیا للوکالة.

لا ـ یقال: بناء علی إرث الخیار کما علیه المشهور یکون ذلک دلیلا علی جواز النقل أیضا فإنّه إذا لم یقبل النقل فکیف یورث أضف الی ذلک عموم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فانّ تفویض الخیار الی الغیر بالعوض أو مجانا عقد یجب الوفاء به فإنّه یقال عموم وجوب الوفاء بالعقود منصرف الی العقود المتعارفة بین الناس و لو فی کلّ عصر لا خصوص العقود المتعارفة فی زمان صدور الآیة و تفویض الخیار الشرعی بمعنی نقله الی الغیر مجانا أو بالعوض غیر متعارف، و المتعارف هو التوکیل فی الفسخ و الإمضاء کما تقدم.

و امّا إرث الخیار فهو علی تقدیر الالتزام به کما یأتی لا یقتضی جواز کل نقل، و لذا لا أظن الالتزام بجواز تفویض مثل حق القصاص الی الغیر مجانا أو مع العوض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۰

و ممّا ذكرنا عدم ثبوت الخيار للفضوليين (۱).

لا- بمعنى توكيل الغير فى استيفائه مع انّ الحق المزبور موروث بلا- شبهة؛ و على الجملة ثبوت النقل القهرى لا يقتضى جواز النقل الاختيارى.

(۱) الأظهر عدم ثبوت خيار المجلس للفضوليين باعتبار ان البيع مع عدم اجازة المالكين و ان يستند الى الفضوليين الّا انّ عدم ثبوت الخيار لهما باعتبار ان خيار المجلس كسائر الخيارات الشرعية التأسيسية حكم شرعى للبيع التّام المترتب عليه الانتقال الشرعى كما هو ظاهر الرّوايات، فمع اجازة المالكين يستند إليهما البيع و على تقدير اجتماعهما مجلس الإجازة يثبت لهما خيار المجلس و احتمال اعتبار مجلس العقد لا مجال له الّا بناء على الكشف الحقيقى حيث ان الإجازة بناء عليه تكشف عن تمام البيع و ترتب الحكم عليه من حين صدوره و لكن المبنى المزبور كما تقدم فى محله ضعيف. و الحاصل ان المعتبر الاجتماع مجلس الإجازة سواء قلنا بالنقل أو بالكشف الحكمى.

و مما ذكرنا يظهر ان ثبوت خيار المجلس فى بيع الصرف و السلم بعد حصول التقابض و القبض، و ليس فى ذلك محذور أصلا، و احتمال ان يكون اجازة المالكين إسقاطا لخيار المجلس كما عن المصنف (ره) لا يمكن المساعدة عليه فان الخيار حكم شرعى يترتب على العقد بعد الإجازة إلّا مع اشتراط سقوطه و اجازة العقد بمجرّدها لا ظهور لها فى اشتراط السقوط و لا فرق فى عدم ثبوت الخيار للفضوليين بين كونهما غاصبين أم لا- و حيث انه ليس لهما خيار المجلس، فلو تفاسخا قبل الإجازة لغى الفسخ و يبقى البيع بحاله. نعم لو ألغى أحد الغاصبين إيجابه قبل قبول الآخر لا يكون ذلك البيع قابلا للإجازة لاختلال صورة العقد بالإلغاء المزبور بناء على ما تقدم عن المصنف (ره) من انّ الرد المزبور تسقط الموالاة المعتبرة بين إيجاب العقد و قبوله على كلام تقدم فى محلّه و الموالاة بين العقد و أجازته غير معتبرة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۱

و يكفى (ح) الإنشاء أصالة من أحدهما و الإجازة من الآخر (۱) لو كان العاقد واحدا (۲).

---

(۱) يعنى يكفى فى ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان أحد المتعاقدين أصيلا و الآخر فضوليا فرض مكان قد جمع ذلك المكان الأصيل و المجيز بان حصول الإنشاء من الأصيل و الإجازة من المجيز فى ذلك المكان.

(۲) و حاصله: انه لو كان العاقد فى البيع واحدا كما إذا باع ماله من غيره فيما كان وكيلا أو وليا على ذلك الغير فى الشراء له أو باع مال الغير من نفسه فيما كان وليا على ذلك الغير أو وكيلا عنه فى البيع و يثبت له خيار البائع و المشترى لأنّ مقتضى قوله عليه السلام (البيعان بالخيار) ثبوت الخيار لكل من صدق عليه عنوان البائع و من صدق عليه المشترى؛ و المفروض ان العاقد المزبور يصدق عليه كل من العنوانين و بتعبير آخر صيغة التثنية هنا لا باعتبار تعدد الوجود من طبيعة كما فى مثل الرجلين و المرأتين و نظائرهما، بل باعتبار الطّبيعتين و تعدد العنوانين أى البائع و المشترى نظير قوله (القتيلان فى النار)، حيث يعمّ ما إذا كان شخص قاتلا و مقتولا فى واقعة.

و دعوى ظهور التّثنية فى المقام فيما إذا كان كل من عنوان البائع و المشترى منطبقا على من انفرد بالإنشاء فلا يتحقق الخيار فيما إذا لم يكن فى البين انفراد بإنشاء البيع و الشراء، كما إذا كان العاقد واحدا لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لا وجه للدعوى المزبورة بعد ظهور الخطاب فى كون الخيار حكما لمن ينطبق عليه عنوان البائع أو المشترى و يكفى فى الجزم ببطلانها ملاحظة سائر الأحكام الثّابتة لعنوان البائع أو المشترى كثبوت خيار الحيوان فإنه لا ينبغى الشبهة فى ثبوته للولى فيما إذا باع الحيوان المملوك له من المولى عليه.

نعم المذكور فى الرّوايات غاية لخيار المجلس افتراق المتبايعين و الافتراق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲

و فيها ايضا لو اشترى جمدا (۱).

لا يتحقق الّا مع تعددهما فيكون ذكر الغاية قرينة على اختصاص خيار المجلس بصورة تعدد البائع و المشترى خارجا؛ و قد يقال فى الجواب عن ذلك بان (حتى) من أداة الغاية و تدخل على الممكن و الممتنع كقوله سبحانه (حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ) فيكون مقتضى دخول حتى فى الروايات على الافتراق ثبوت خيار المجلس أمكن الافتراق أم لا، و لكن لا يخفى ان دخوله فى بعض الموارد على الممتنع لا ينافى ظهور مدخولة فيما إذا كان قيدا للحكم فى فرض الاجتماع لموضوع ذلك الحكم فلا يكون للخيار موضوع فيما لم يكن اجتماع لبيعين سواء كان عدم الاجتماع بالافتراق حال العقد كعدم حضور الموكل مجلس العقد أو بعدم تعددهما فى مفروض الكلام.

و ذكر المصنف (ره) فى الجواب عن ذلك بأنّ الافتراق المزبور و ان كان ظاهرا فى فرض الاجتماع المختص بصورة تعدد العاقد الّا انّ جعله غاية مبنى على الغالب من تعدد العاقد و كون البائع غير المشترى خارجا، فلا يوجب ذلك اختصاص خيار المجلس بصورة التعدد.

أقول: لا يخفى بان الحمل فى قيد على الغالبى ينفع فيما إذا كان فى البين خطاب يثبت الخيار للبائع و المشترى من غير ذكر الغاية فيه ليمكن الأخذ بالإطلاق و لا يرفع اليد عنه بالقيد الغالبى و لكن ليس فى المقام مثل ذلك الخطاب المطلق.

(۱) و هل يثبت خيار المجلس فيما إذا لم يكن العين قابلا- للبقاء بعد العقد لحصول التلف كلا- أو بعضا قبل الافتراق كالجمد فى الصيف. ذكر فى التذكرة ان فى ثبوت الخيار اشكال؛ و وجهه على ما ذكر المصنف (ره) اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد و الجمد فى الفرض لا يكون كذلك. و فى جامع المقاصد انّ خيار المجلس لا يسقط بالتلف فكيف يكون عدم قابلية الجمد موجبا لانتفاء الخيار؛

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۳

[لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع]

لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود (۱).

و أجاب المصنف (ره) بأنّ التلف لا يكون مسقطا فيما إذا ثبت خيار المجلس قبله بالعقد؛ و فى المقام أصل ثبوت الخيار بالعقد غير معلوم.

أقول: إطلاق أدلّة الخيار فيما إذا لم يكن سقوطه شرطا فى البيع و لو بنحو الشرط الارتكازى عدم الفرق بين المقام و سائر المقامات.

و هل يثبت فيما إذا كان المبيع دينا لبائعه على المشترى فقد يقال بعدم الثبوت باعتبار ان الدين ببيعه من المديون يسقط و اشتغال الذّمة بإعادة الدين إليها غير معهود. و عن السيد اليزدى (ره) انه يمكن القول بثبوت خيار المجلس مع كون سقوط الدين عن العهدة من قبيل تلف المبيع و بفسخ ذى الخيار يرجع الى بدله.

أقول: و يظهر الثمرة فيما إذا كان الدين من القيميات كما إذا باع حيوانا موصوفا بنحو السلم، ثم باع المشترى الحيوان المزبور من بائعه فإن قيل بثبوت خيار المجلس فى البيع الثّانى و كون سقوط الدّين عن العهدة من التلف فيرجع بعد الفسخ إلى قيمة ذلك الحيوان على ما هو المستفاد من العرف و الأدلّة ان الحيوان و غيره من القيميات يضمن بالقيمة، و ان لم نقل بأنّ سقوط الدين عن العهدة من

التلف، و ان عود العهدة مع قیام الدلیل علیه ممکن، کما هو الصّحیح فیلتزم بالعود فی المقام کما هو مقتضی الخیار الثابت بإطلاق مثل قوله علیه السلام (البیعان بالخیار (إلخ)).

(۱) قد ذکر (قده) اختصاص خیار المجلس بالبیع فلا یثبت فی سائر العقود اللازمة سواء کانت مالیة کالإجارة أم غیرها کالنکاح فان هذا الخیار تأسیس من الشرع و ما ورد فیه لا یعمّ غیر البیع، و قد نقل الإجماع علی اختصاصه بالبیع فی کلمات الأصحاب کالشیخ فی الخلاف فإنّه ذکر الإجماع علی عدم دخوله فی الوکالة و الودیعة و العاریة و المضاربة و الحوالة. و فی غیر موضع من المبسوط صرّح باختصاص خیار المجلس بالبیع، و لکن مع ذلک ذکر أیضا فی المبسوط لا مانع من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۴

....

ثبوت خیار المجلس و الشرط فی الوکالة و الودیعة و العاریة و المضاربة و الجعالة.

و قد حمل فی الدروس هذا الکلام علی انّه لا یجوز التصرف فی العقود المزبور الّا بعد انقضاء المجلس و الشرط، و حیث ان تصرف المالک فی ماله لا یصحّ ان یتوقف علی مضی زمان ذکر المصنف (ره) ان مراد الشهید عدم جواز تصرف الطرف الآخر أی غیر المالک الّا بعد ذلک الزمان المزبور لأنّ ثمرة هذه العقود تصرف غیر المالک فی المال و هذا کالتزامه (قده) فی البیع بأنه لا یجوز للمشتری التصرف فی المبیع و البائع فی الثمن الّا بعد مضی زمان الخیار و لم یقبل المصنف (ره) هذا الحمل لتصریح الشیخ (قده) فی غیر موضع من المبسوط باختصاص خیار المجلس بالبیع فکیف یلتزم مع ذلک بجریانه و جریان خیار الشرط فی تلک العقود الجائزة.

و قال الأولی حمل کلامه علی ما ذا کانت تلک العقود الجائزة منشأه فی ضمن البیع بنحو شرط النتیجة فإنها مع الشرط کذلک تکون خیاریة بخیاریّة البیع و لازمة بلزوم البیع. و ذکر فی السرائر دخول خیار المجلس و الشرط فی العقود و علّل دخولهما فیها بحصول المقصود من الخیارین و هو جواز فسخها. و احتمل المصنف (ره) أن یکون مراد الشیخ (قده) ایضا من دخولهما ثبوت نتیجتهما فی تلک العقود بجواز فسخها.

لا یقال کیف یکون مثل الوکالة شرطا فی ضمن العقود اللّازمة فتکون لازمة بلزومها مع ان العقود الإذنیة تکون قوامها بالأذن، و إذا رجع الموکل عن إذنه للغیر فی الفعل فلا یبقی الإذن المقوم لها و لو مع اشتراطها فی ضمن العقد اللازم.

فإنّه یقال حدوث تلک العقود یکون بالإذن بنحو خاص و ینتزع منه أمر یعبر عنه بالاسم المصدری فیکون المعنی الاسم المصدری باقیا مع عدم قیام الدلیل علی جواز العقد بالرجوع فی الإذن و نحوه؛ و یکشف عن ذلک ما ورد فی ثبوت الوکالة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۵

[مبدء هذا الخیار من حین العقد]

مبدء هذا الخیار من حین العقد (۱).

و عدم بطلانها بعزل الموکل فیما إذا لم یوصل عزله الی الوکیل، و إذا أمکن ثبوت الوکالة مع رجوع الموکل عن إذنه السابق فیؤخذ به فیما إذا کانت شرطا فی ضمن العقد اللّازم بنحو الشرط النتیجة، حیث ان مقتضی لزوم البیع مثلا نفوذ تلک الوکالة و عدم انفساخها و لو برجوع الموکل و إظهاره عدم مأذونیة الطرف فی مورد الوکالة کما لا یخفی.

(۱) تعرض (قده) لمبدء خیار المجلس و انه من حین تحقق العقد أو من حین ترتب الأثر أی انتقال المالین، و حیث ان الانتقال

الشرعى يتوقف فى بيع السلم و الصرف على القبض و التقابض يقع الكلام فى انّ الخيار فيهما من حين تحقق العقد أو من حين القبض أو التقابض. و حاصل ما ذكر انّه ان قلنا بوجوب القبض أو التقابض يثبت فيهما الخيار كسائر البيوع من حين تحقق العقد و يكون فائدة الخيار فيها فسخ العقد و إلغائه لئلّا يحصل بترك القبض أو التقابض عصيان و لو لم نقل بوجوب القبض و الإقباض، ففى ثبوت الفائدة للخيار قبلهما تأمّل الّا ان يدّعى ان فائدته إخراج العقد عن قابلية الصحة بلحوق القبض و الإقباض.

و الوجه فى وجوب القبض أو التقابض بتحقق العقد أحد الأمرين: امّا ثبوت الربا كما إذا كان العوضان فى الصرف من جنس واحد فإنّه على تقدير تحقق القبض من أحدهما دون الآخر يلزم أن يكون فى أحد العوضين زيادة حكمية لأنّ للأجل قسطا من الثمن. و أمّا ان مقتضى قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وجوب العمل على مقتضى العقد و الوفاء به قبل القبض أو الإقباض يتحقق بالقبض و الإقباض؛ و نقل فى المقام كلام العلامة فى التذكرة، حيث يظهر منه ثبوت خيار المجلس فى الصرف من حين تحقق العقد حيث ذكر انّه إذا حصل التقابض فى بيع الصرف، و أجاز المتبايعين البيع أى أسقطا خيارهما لزم العقد؛ و كذا إذا أجازا العقد قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۶

....

التقابض فإنه يلزم معها التقابض و لو تركا التقابض بعد ذلك الى افتراقهما بطل البيع لعدم حصول الشرط، و لكن لو كان تفرقهما بدون التقابض برضاهما فلا عصيان، لانّ رضاهما اقالة للبيع، و ان كان تفرقهما بمفارقة الواحد منهما عصى ذلك المنفرد.

و كذا كلام الدروس حيث صرح بثبوت خيار المجلس فى الصرف تقابضا أم لا فإن أسقطا خيارهما وجب التقابض فلو هرب أحدهما بعد الاسقاط عصى، و لكن ينفسخ البيع و لو هرب أحدهما قبل إسقاط خياره فلا عصيان و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا لعدم لزوم العقد ما دام لم يحصل التقابض كما عن الشيخ (قده) فى المبسوط حيث صرح بعدم وجوب التقابض فى الصرف و لم يقيّده بصورة التزامهما به بإسقاط خيارهما.

أقول: ان أراد العلامة (ره) استفادة اشتراط القبض و التقابض فى السلم و الصرف من دليل حرمة الرّبا و بطلان المعاوضة الربويّة فلا يمكن المساعدة عليه أولا- فإن الدّليل المزبور لا يجرى فى بيع السلم مطلقا، و فى بيع الصرف فيما إذا كان العوضان من غير جنس واحد كبيع الدراهم بالدنانير؛ و ثانيا حرمة الربا و بطلان المعاوضة الربوية تكون مع اشتراط التّأخير فى ناحية أحد العوضين المتجانسين المتساويين وزنا لا- بمجرد تأخيرا أحد العوضين بعد انقضاء مجلس العقد مع عدم ثبوت حقّ التّأخير و على ذلك فإثبات اشتراط وجوب التقابض فى المجلس بلزوم الربا غير ممكن.

و ان أراد إثبات وجوب التقابض تكليفا، فمن الظاهر انّ مع عدم وجوبه لا- يلزم الربا حيث بدون حصول التقابض لا- نقل لتكون المعاوضة ربوية و مع التقابض يصحّ و لا موضوع للرّبا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۷

....

و امّا قضية وجوب التقابض أخذا بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فهو ايضا غير ممكن لما تقدم من انّ وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى المعاوضات المالية و منها البيع حكم إرشادى إلى التخلص من محذور التصرف فى مال الغير من غير رضا صاحبه أو عدم انحلاله بعد حدوثه، و إذا قام الدليل على عدم حصول النقل فى بيع السلم و الصرف قبل القبض و الإقباض فينتفى ذلك الحكم الإرشادى لأن المال قبل القبض ليس من مال الغير و لم تتم المعاملة ليحكم بلزومها و عدم انحلالها؛ و ايضا ما دلّ على اشتراط السلم أو الصرف بالقبض و التقابض، كما يكون مقيدا لقوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و انّ إمضاء البيع فى الصرف و السلم بعد القبض و التقابض

كذلك يكون حاكما لقوله (البيعان بالخيار حتى يفترقا)، لانّ ظاهر الخطاب ثبوت الخيار للبائع و المشترى فى البيع الممضى شرعا. و ظاهر دليل الاشتراط عدم إمضاء البيع قبل القبض و التقابض. و هذا هو المراد من حكومته على قوله (البيعان بالخيار ما لم يفترقا).

و لكن عن بعض الأجلّة (دامت أيّامه) ان الموضوع لخيار المجلس فى الروايات البائع و المشترى و مقتضى ذلك ثبوت الخيار لكل منهما من حين تلبسه بالمبدء و على تقدير تحقق البيع من البائع بتمام الإيجاب يثبت الخيار له من ذلك الحين و على تقدير القول بان تلبس كل منهما يكون بتمام القبول يثبت لكل منهما الخيار من ذلك الحين فان قوله عليه (البيعان بالخيار الى ان يفترقا) بمنزلة القول بان لكل من البائع و المشترى خيارا من حين التلبس بالمبدء الى حصول الافتراق من غير فرق فى ذلك بين بيع الصرف و السلم و غيرهما؛ لانّ ثبوت الخيار فى بيع قبل حصول النقل الشرعى أمر ممكن. و انّما لا يمكن ثبوت الخيار فى بيع لا يلحقه الصحة لا فى بيع يمكن عروضها له، ثم على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار فى بيع الصرف و السلم قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۸

[مسقطات خيار المجلس]

[الأول لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد.]

اشارة

لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه (۱)

القبض فيشكل إثبات حدوثه لكل من البائع و المشترى بعد القبض لان الدليل قد دلّ على ثبوت الخيار لكل من البائع و المشترى من حين التلبس بالمبدء و بقائه إلى حصول الافتراق، و إذا خرج بيع الصرف و السلم عن الحكم بعدم حدوث الخيار بالتلبس فيشكل إثبات حدوثه لكل منهما بالقبض الى حين الافتراق.

و لكن الاشكال يمكن دفعه بان المقام من صغريات ما إذا خرج فرد عن العام أو المطلق فى زمان ثم بعد ذلك الزمان يتمسك بالعام أو المطلق لإثبات حكمهما للفرد المزبور، فان ما دلّ على اشتراط القبض أو التقابض فى السلم أو الصرف تخصيص أو تقييد فى الحكم المستفاد من قوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) و لو يكون هذا التخصيص أو التقييد بلسان الحكومة أى بنفى البيع قبل القبض لانّ القبض ليس شرطا عرفيا فيهما ليكون خروج بيع الصرف أو السلم قبل القبض لا بنحو التخصيص أو التقييد انتهى.

أقول: قد تقدم ان الموضوع لخيار المجلس أو غيره من الخيارات الشرعيّة ليس مجرد البيع العرفى بل البيع الممضى لظهور أدلتها عرفا فى ان الخيار حكم للبيع الممضى نظير ما دلّ على مشروعيّة الإقالة فى كل بيع؛ و لسنا ندّعى ظهور البيع فى الممضى فى كل خطاب حتى فى مثل قوله سبحانه (أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ) بل المدعى فى المقام الظهور الناشئ عن مناسبة الحكم و الموضوع و على ذلك فما دلّ على اعتبار القبض فى السلم أو التقابض فى الصرف يوجب دخول البيع فيهما فى خطاب الخيار من حين القبض و التقابض من غير ان يكون تخصيص أو تقييد فى البين.

(۱) مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه فى البيع و إسقاطه بعد البيع و التفرق و التصرف و الكلام فى المقام فى سقوطه بالاشتراط فى البيع و كأنّ سقوطه بالاشتراط فى البيع متسالم عليه بينهم و يقتضيه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۹

....

حیث انّ الشرط یعمّ سقوط خیار المجلس و قد یقال ان العموم المزبور معارض بقوله علیه السلام (البیعان بالخیار ما لم یفترقا) حیث انّ مقتضاه ثبوت الخیار لکل من البائع و المشتری اشترطا سقوطه فی البیع أم لا؛ و لکن یقدم خطاب لزوم الوفاء بالشرط باعتبار المرجح و هو التسالم علی سقوط الخیار بالشرط، و أورد علیه المصنف (ره) بأنّ تقدیم خطاب لزوم الوفاء بالشرط بالترجیح فی مقام المعارضة غیر صحیح لفقد المرجّح و التسالم المزبور مدرکی حیث یظهر ان وجه التسالم الأخذ بخطاب لزوم الوفاء بالشرط، و إذا فرض معارضته یلزم الإغماض عن التسالم المزبور کما فی سائر الإجماعات المدرکیّة.

و ایضا قد یقال ان لزوم البیع بشرط سقوط الخیار مقتضی لزوم الوفاء بالعقد المستفاد من قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بملاحظة انّ شرط سقوط الخیار یحسب من العقد الذی یجب الوفاء به، و فیه ان قوله علیه السلام (البیعان بالخیار حتی یفترقا) أخصّ مطلق بالإضافة إلی العموم المزبور فیرفع الید عن ذلک العموم بل الوجه فی عدم الخیار مع اشتراط سقوطه فی البیع ان خطاب الخیار متضمن لبیان الحکم أی الخیار للبیع بعنوانه الأولی و خطاب وجوب الوفاء بالشرط حکم للبیع بعنوان ثان فیجری فیهما ما یجری فی سائر الخطابات الدّالة علی ثبوت حکم ترخیصی لفعل بعنوانه الأولیّ و خطاب آخر دال علی حکم آخر له بعنوانه الثانوی فی انّ المتفاهم العرفی مع ملاحظة الخطابین هو ان الحکم الأول ثابت للفعل لولا العنوان الثانوی، فلاحظ ما ورد فی استحباب غسل الجمعة أو الوضوء بعد الحدث مع ما دلّ علی وجوب الوفاء بالنذر أو العهد و ان الجمع العرفی فیهما إذا تعلّق النذر بالغسل أو الوضوء هو ان الغسل أو الوضوء یجب مع النذر.

و یکشف عن هذا الجمع أی تقدیم خطاب الوفاء بالشرط علی خطاب حکم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰

....

البیع أو غیره صحیحة مالک بن عطیة عن سلیمان ابن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال سألته عن رجل کان له أب مملوک و کانت لأبیه امرأة مکاتبة قد أدّت بعض ما علیها فقال لها ابن العبد هل لک ان أعینک فی مکاتبتک حتی تؤدّی ما علیک بشرط أن لا یکون لک الخیار علی أبی إذا ملکت نفسک قالت نعم فأعطاها فی مکاتبتها علی ان لا یکون لها الخیار قال (لا یکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم)، و حیث انّ الشرط الابتدائی غیر نافذ فاللازم حمل اشتراط سقوط الخیار فی ضمن عقد أو حملها علی المصالحة فی السقوط.

و الحاصل ما دلّ علی خیار زوجة العبد بعد صیرورتها حرّة فی فسخ نکاحها نظیر ما دلّ علی ثبوت خیار المجلس للبائع و المشتری فی انّ مقتضی الجمع بینهما و بین ما دلّ علی نفوذ الشرط حمل ثبوت الخیار علی الحکم الاقتضائی بمعنی ثبوته لولا شرط سقوطه فی ضمن عقد لازم.

أقول: یأتی عن المصنف (ره) إبطال هذا الوجه فان الخیار الثابت لو کان من قبیل الحکم للبیع بعنوانه الأولی لکان شرط عدم ذلک الحکم بل ثبوت خلافه محکوما بالبطلان لأنه یعتبر فی صحّة الشرط فی المعاملة أن لا یکون علی خلاف الحکم المستفاد من الکتاب أو السّنة، کما إذا تزوّج المرأة علی ان لا یکون لزوجها اختیار طلاقها فإنه یحکم ببطلان الشرط المزبور لکون المشروط خلاف السنة الدّالة علی ان الطلاق بید الزوج و کذا إذا باع المال بشرط أن لا یکون للمشتری اختیار الرجوع فی هبته السابقة فإن شرط عدم الاختیار فی الرجوع خلاف السنة الدّالة علی انّ للواهب الرّجوع فی الهبة ما دامت العین باقیة.

و الحاصل لا یکون تقدیم خطاب لزوم الشرط علی قوله (البیعان بالخیار حتی یفترقا) لمجرد ان الخیار حکم للبیع بعنوانه الاوّلی، و سقوط الخیار حکم له بعنوان

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه (۱).

الشرط فيه، بل الصحيح فى الجواب ما يأتى من انّ الخيار من الحقوق لا من قبيل الحكم و مقتضى كونه حقا سقوطه بكل مسقط من فعل أو قول، فيكون شرط سقوطه فى البيع مسقطا أخذا بقوله عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم) و لا ينافيه قوله عليه السلام (البيعان بالخيار) فان مقتضى كون الخيار حقا ثبوته فى البيع لولا إسقاطه و لو من حين ثبوته كما لا يخفى.

و مما ذكرنا أنّه لا موجب لحمل صحيحهٔ سليمان بن خالد على اشتراط سقوط خيار الأمهٔ فى ضمن عقد لازم فإن الهبهٔ إذا كانت مشروطهٔ بشرط من قبيل النتيجهٔ كما إذا وهب المال بشرط أن يكون وكيلا فى بيع داره فبمجرّد قبول الهبهٔ يصير لازمهٔ لحصول التعويض، أى الوكالهٔ فى بيع الدار فلا يجوز للواهب الرجوع فى هبته كما لا يجوز للمتهب الرجوع فى شرط الوكالهٔ أخذا بقوله عليه السلام (المؤمنون عن شروطهم)، و من هذا القبيل هبهٔ المال للجاريهٔ بشرط أن لا يكون لها خيار فى فسخ نكاح الأب فتدبّر جيّدا.

(۱) قد أورد على اشتراط سقوط الخيار فى البيع بأمور عمدتها ما أشرنا إليه من كون هذا الشرط مخالفا للسنهٔ الدالهٔ على ثبوت الخيار لكل من البائع و المشترى قبل الافتراق و أجبنا عن ذلك بأنّه انّما يتحقق المخالفهٔ للسنهٔ لو كان الخيار قبل الافتراق من قبيل الحكم ليكون نظير شرط عدم جواز الطلاق للزوج فى عقد النكاح؛ و امّا إذا كان من قبيل الحقوق أى القابلهٔ للإسقاط فلا يكون فى شرط سقوطه مخالفهٔ لها.

و امّا الأمور الثلاثهٔ التى ذكرها المصنف (ره) من لزوم الدور من شرط سقوط الخيار أو كون شرط سقوطه مخالفا لمقتضى العقد أو كون شرط سقوطه فى البيع إسقاطا لما لا يجب فلا مورد لشىء منها. امّا لزوم الدور فقد يقال فى تقريبه من توقف نفوذ الشرط و لزومه على لزوم العقد فان الشّرط فى ضمن عقد جائز لا يزيد

....

على أصل العقد فى الجواز و إذا فرض توقف لزوم العقد ايضا على لزوم الشرط كما فى فرض شرط سقوط الخيار لزم الدور. و الجواب ان الشرط ينفذ فيما إذا كان العقد محكوما باللّزوم و لو بواسطهٔ ذلك الشرط و لا يتوقف على لزومه مع قطع النظر عن الشرط فان الموجب لاشتراط لزوم العقد عدم إمكان لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد و بقائه على جوازه و إذا فرض خروج العقد عن الجواز بالاشتراط المزبور صحّ الشرط و لزم بلزوم العقد، أضف الى ذلك ما يأتى من عدم توقف لزوم الشرط على لزوم العقد و صحهٔ الشرط فى العقود الجائزهٔ.

و امّا كون شرط سقوط الخيار منافيا لمقتضى البيع فيأتى انّ المراد من كون الشرط منافيا لمقتضى العقد عدم إمكان اجتماع ذلك الشرط مع تحقق العقد كما فى قوله بعتك المال على ان لا يكون المبيع ملكا لك و نحو ذلك. و امّا الشرط الذى يمكن اجتماعه مع تحقق العقد بمدلوله فلا بأس به فيما إذا لم يخالف الكتاب و السنهٔ. و الوجه فى عدم البأس ان ما يقتضى العقد لا بشرط لا يكون منافيا لمقتضاه بشرط بمعنى انّ ما يترتب على العقد إذا كان من قبيل الحقوق يكون العقد موضوعا لثبوته بشرط عدم اشتراط سقوطه بان يكون العقد مطلقا، كما لا يخفى.

و امّا الثالث: و هو ان إسقاط الخيار بشرط سقوطه فى العقد كإسقاطه قبل العقد إسقاط لما لا يجب، فالجواب انّ إسقاط الشىء فيما كان أمرا اعتباريا قبل تحقق موضوعه لا بأس به، لانّ موضوعه مقيد بعدم الاسقاط، كما هو مقتضى كونه حقا؛ و قد استفيد من صحيحهٔ سليمان بن خالد جواز إسقاط الخيار فى فسخ النكاح قبل تحقق موضوعه و هو صيرورهٔ الأمهٔ المزوجهٔ حرّهٔ.

و الحاصل مقتضى كون الخيار حقا تقيد موضوعه بعدم إسقاط ذلك الخيار.

نعم الإسقاط قبل تحقق موضوعه كما هو ظاهر صحيحة سليمان بن خالد يحتاج الى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۳

ثم انّ هذا الشرط يتصوّر على وجوه (۱).

دليل و مع عدمه فالبطلان لعدم الدليل لا لعدم الإمكان، و امّا إسقاطه بشرط فى البيع كإسقاطه فيما بعد فجوازه مقتضى كون الخيار حقّا و موضوعه البيع فيعمّه (المسلمون عند شروطهم) لتمام البيع و الشرط معا كما لا يخفى.

(۱) ذكر (قده) فى هذا الاشتراط بأنّه على وجوه: الأوّل- ان يشترط عدم الخيار فى البيع بان يكون شرط عدمه بنحو شرط النتيجة مسقطا على ما تقدم من انّ عدم الخيار يحصل بكل مسقط و شرط عدمه ايضا من مسقطاته كما هو مقتضى قوله (صلى اللّه عليه و آله) (المسلمون عند شروطهم) و انّ ذلك لا ينافى السنّة الدّالة على (انّ البيعان بالخيار حتى يفترقا) لأن كون الخيار حقّا قرينة على انّ الموضوع له البيّعان مع عدم شرط السقوط.

الثانى: يشترط ترك الفسخ و لا شبهة فى جواز هذا الشّرط و كونه من شرط الفعل و لو خالف المشروط عليه فهل ينفذ فسخه و ان فعل محرّما بمخالفته الشرط أو لا ينفذ فسخه ايضا اختار (قده) عدم نفوذه لأنّ شرط ترك الفسخ يوجب أن يكون تركه حقّا للمشروط له، و لذا يجبر عليه المشروط عليه و لو كان فى تركه مجرد التكليف لما يجبر عليه إلّا بنحو الأمر بالمعروف من كل أحد، و على ذلك فلا يكون المشروط عليه مستقلا فى اختياره الفسخ بان يكون سلطانا على الفعل و الترك لينفذ فسخه نظير ما ذا نذر التصدق بمال ثم باع ذلك المال فإنه قد ذكر غير واحد من الأصحاب بطلان البيع المزبور.

أقول: اشتراط ترك الفسخ لا يوجب حقّا للمشروط له الّا فى الترك بان يطالبه من المشروط عليه و يجبره عليه و امّا لفسخ فلا حق له فيه بل الفسخ مجرد تفويت لحق المشروط عليه فيكون محرما و لكن النهى عن معاملة و منها الفسخ لا يوجب فسادها. و بتعبير آخر اشتراط ترك الفسخ على ذى الخيار لا ينافى بقاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۴

....

الخيار لأنّ الخيار التمكن على الفسخ الممضى شرعا و إذا لم يكن بينهما تناف فاللّازم نفوذ الفسخ و لو مع كونه محرما، بل لو لم يكن فسخه نافذا فلا يتصوّر انّ يطالبه المشروط له بترك الفسخ و كيف يعقل إجباره عليه.

و ذكر (ره) فى ذيل كلامه وجها آخر لبطلان الفسخ و هو ان وجوب الوفاء بالشرط نظير وجوب الوفاء بالعقد أمر بترتيب الآثار على الشرط و ان كان الشرط عدم الفسخ فاللازم ترتيب آثاره حتى بعد إنشاء المشروط عليه الفسخ و لو جاز للمشترى الإمساك بالمبيع مثلا و لو بعد فسخ البائع المشروط عليه فينتزع منه بطلان الفسخ و لكن لا يخفى ما فيه فان الشرط بمعنى المشروط إذا كان فعلا أو تركا فالوفاء به كالوفاء بالنذر عبارة عن الإتيان بذلك المشروط أى الفعل أو الترك لا ترتيب الآثار و المفروض فى المقام كون الشّرط ترك الفسخ لا عدم الانفساخ و بقاء العقد.

و ذكر النائينى (ره) انّ النّهى عن الفسخ فى المقام يوجب فساده فإن النهى عن معاملة بمعناها المسبّبى موجب لفسادها بخلاف النّهى عنها بمعناها السببى أو التّسبّبى، و ذلك لأنّ مع مبغوضيّة المسبب بأىّ سبب حصل كما فى حصول ملكيّة السّلاح لأعداء الدّين فى قتالهم المسلمين كان حصوله بالبيع أو غيره لا يمكن إمضاء ذلك المسبّب بخلاف ما إذا كان النهى عن المعاملة باعتبار مبغوضيّة السّبب أو التسبّب فإنّها لا تنافى إمضاء المسبّب، و فى المقام مبغوضيّة الفسخ باعتبار المسبب حيث أنّها فى رجوع ما انتقل عن ملكه

الی ملکه ثانیا.

و فیه: انّ النهی و المبغوضـیّة فی المقام فی المعاملة بمعناها التسبّبی لا المسبّبی فانّ عود الملک الی مالکه الأصلی بغیر الفسخ أمر جائز تکلیفا و وضعا، کما إذا اشتری البائع المبیع من المشتری ثانیا. و الحاصل لا أری وجها صحیحا لبطلان الفسخ و عدم نفوذه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۵

....

نعم قد یقال کما عن المحقق الایروانی (قده) بأنّ بیع المال بشرط أن لا یفسخ فی المجلس بناء علی نفوذ الفسخ لا یخلو عن الإشکال فإنّ الشرط انّما یلزم الوفاء به إذا کان العقد و لو بالشرط المزبور لازما و المفروض انّ البیع المزبور لا یکون لازما حتّی بالشرط المزبور حیث ان الفسخ و لو یکون محرّما الّا انّه نافذ علی الفرض.

و الجواب انّ المراد بعدم لزوم الشرط مع جواز العقد ان یثبت وجوب الوفاء بالشرط تکلیفا و لا یثبت وجوب الوفاء کذلک بالعقد و لو بعد ذلک الشرط. و امّا إذا ثبت وجوب الوفاء بالعقد ایضا کما فی المقام حیث ان وجوب ترک الفسخ مساوق لوجوب الوفاء بالعقد تکلیفا فلا بأس بالاشتراط المزبور و کذا لا یکون صحة الشرط فیما إذا کان المشروط أمرا وضعیّا منحصرا بصورة لزوم العقد، بل یصحّ مع جوازه ایضا کما إذا أعار المال بشرط ضمان ذلک المال فإنّ العاریة مع الضّمان المزبور، جائزة تکلیفا و صحیحتان وضعا. و امّا دعوی انّه مع اشتراط ترک الفسخ یکون خطاب وجوب الوفاء بالشرط واردا علی دلیل خیار المجلس لأنّ الخیار هو التمکن علی الفسخ الممضی و مع تحریم الفسخ لا یکون تمکّن علی الفسخ فلا یمکن المساعدة علیها فإنّه ان أرید من التمکن جواز الفسخ و ترکه تکلیفا زائدا علی نفوذه فلیس فی البین ما یدلّ علی اعتباره فی الخیار و ان أرید مجرّد النفوذ فهو حاصل فی المقام کما هو الفرض.

و امّا مسئلة بیع المال فیما إذا نذر التصدق به فالأظهر فیها إن تعلق النذر لا یخرج المال عن الملک و لا یوجب تعلق حقّ به و ذلک فان قول الناذر للّه علی ان أتصدّق بهذا المال لیس الّا التعهّد للّه بالتصدق بالمال المزبور نظیر التعهد للغیر فی مورد شرط الفعل فی بیع و نحوه کما إذا باع المال من زید علی ان یخیط له ثوبا؛ و من الظاهر انه لا یکون فی مورد شرط الخیاطة تملیک للخیاطة من زید، و لذا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۶

الثالث: ان یشترط إسقاط الخیار (۱).

لا یکون لزید المطالبة بعوض تلک الخیاطة بل له علی تقدیر تخلف الشرط فسخ البیع و یشهد علی عدم ظهور صیغة النذر فی تملیک التصدق بالمال من اللّه سبحانه نظیر مورد تملیک الفعل من الغیر فی مورد الإجارة انه لا یکون قوله جعلت خیاطة ثوب زید ملکا للّه سبحانه مرادفا لقوله تعالی للّه علیّ ان أخیط ثوب زید بخلاف قوله تعهدت للّه أن أخیط ثوب زید فإنه مرادف لصیغة النّذر؛ و علی ذلک فلو خالف و ترک الخیاطة تحقّق الحنث، و کذا فیما إذا خالف فی نذر التصدق، و باع المال، و لکن یحکم بصحّة البیع لانّ البیع ضد خاص للمأمور به و الأمر بشیء لا یقتضی النهی عن ضده الخاص و علی تقدیره فالنّهی عن معاملة لا یقتضی فسادها.

ثم لو سلم صیرورة التصدق بالمال ملکا للّه سبحانه بالنذر فهذا لا یوجب بطلان البیع فإنه بعد کون المال ملکا للناذر یکون بیعه إتلافا لملک اللّه سبحانه، فیکون محرما و قد تقدّم انّ ما یذکر فی شرائط البیع کون المبیع ملکا طلقا لیس شرطا مستقلا بل هو أمر انتزاعی عن الموارد الّتی تعلّق فیها النهی الظاهر فی الفساد بالبیع و لیس فی المقام نظیر النهی المزبور.

(۱) لو کان المراد اشتراط إسقاط الخیار من الابتداء فیکون الشرط المزبور بنفسه إسقاطا له لا أمرا آخر فی مقابل شرط سقوطه، و ان

كان المراد اشتراط إسقاط الخيار بعد البيع يكون هذا من شرط الفعل و عليه فان لم يسقط المشروط عليه خياره بل فسخ البيع يجرى فى الفسخ المزبور ما تقدّم من ان شرط إسقاط الخيار كما قيل يوجب تعلّق حق للمشروط له بخيار ذى الخيار، فلا ينفذ فسخه، و ان وجوب العمل بالشرط و لو بعد الفسخ يوجب بطلان فسخ ذى الخيار، أو انّ النهى عن خلاف العمل بالشرط و هو الفسخ يوجب بطلانه، و لكن ذكرنا عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۷

....

تمام شيء من ذلك، و انّ الفسخ، و ان كان محرما و لكنّه نافذ لأنّ النهى عن معاملة لا يوجب فسادها.

و لا يخفى انه مع اشتراط عدم الفسخ أو إسقاط الخيار و تخلّف المشروط عليه بالفسخ لا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط لعدم بقاء البيع مع نفوذ الفسخ ليكون للمشروط له خيار فيه. نعم مع تخلف المشروط عليه فى الفرض الثّالث بعدم إسقاط خياره بعد البيع يقع الكلام فى ثبوت الخيار للمشروط له.

و ذكر المصنّف (ره) انّه ان قيل بعدم نفوذ فسخ المشروط عليه على تقدير فسخه فلا يثبت للمشروط له خيار لأنّ مع عدم نفوذ فسخ المشروط عليه لا- يكون فى البين تخلف الشرط حيث انّ عدم نفوذ فسخه مساوق لسقوط خياره، و ان قيل بنفوذه يثبت للمشروط الخيار لأنّه قد يكون للمشروط له غرض فى إسقاط المشروط عليه خياره غير بقاء العقد و عدم فسخه كعدم انتقال خياره الى وارثه على تقدير اتفاق موته بان يخرج عن حال التردد فعلا.

و ذكر بعض الأجلّة (دامت أيّامه) انّ شرط ترك الفسخ أو إسقاط الخيار لا يوجب تعلّق الوجوب بترك الفسخ أو إسقاط الخيار ليقتضى وجوبهما النهى عن ضدّهما العام أو الخاص أى الفسخ و ذلك فان تعلق الوجوب بالوفاء بالشرط لا يسرى الى عنوان آخر ممّا يتحد مع عنوان الوفاء بالشرط خارجا و ترك الفسخ أو ترك الخيار متّحد مع عنوان الوفاء بالشرط بحسب الخارج، و كذا وجوب الوفاء بالنذر فإنّه إذا نذر الإتيان بصلاة الظهر فى وقتها صحّ و وجب الوفاء بالنذر و لا يوجب ذلك تعلّق الوجوب بنفس صلاة الظهر فانّ تعلّق وجوب الوفاء بالنذر سرايته الى عنوان آخر غير معقول و لو كان ذلك العنوان متّحدا مع العنوان الأول فى الخارج فانّ الخارج ظرف لسقوط التكليف لا ظرف لثبوته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۸

....

ثم ذكر (طال بقاه) أن أوفوا بالشّرط أو النذور لا يكون مشيرا الى وجوب العناوين الّتى يتعلّق بالإتيان بها الشرط أو النذر فانّ العنوان لا يكون مشيرا الى عنوان آخر بل ما ذكر من قبيل الجمع الإجمالى فى الخطاب فى مقام تعلّق الحكم بذلك الجمع الإجمالى.

و الحاصل ان صلاة الظهر مثلا- لا يتعلّق بها وجوب الوفاء بالنذر بل الوجوب يتعلّق بالوفاء بالنّذر أو الشرط، و كيف يتعلّق الوجوب بصلاة الظهر مع انه يوجب تعلق تكليفين و إرادتين بتلك الصلاة و الالتزام بالتأكّد بالوجوبين أمر غير معقول فإنّ التأكد فيما إذا كان الأمر الثّانى بالفعل و بملاك الأمر الأوّل به.

مع انّه لو سلم كون وجوب الوفاء بالشرط إيجابا لترك الفسخ فلا نسلم ان إيجاب شيء نهى عن ضده العام أو الخاص لأنّ النهى عن الشيء يتوقف على المفسدة فى متعلّقه و ليس فى الضد العام أو الخاص مفسدة و الّا لكان فى البين تكليفان فيستحق المكلف عقابين أحدهما على مخالفة الأمر. و الثانى على مخالفة النهى، و النهى عن الشيء باعتبار المصلحة الموجودة فى الآخر إرشاد إلى موافقة ذلك الأمر المتعلّق بذلك الآخر أو تأكيد لأمره فلا يكون فى البين نهى تكليفى عن فعل الفسخ ليقال ان النهى عن معاملة لا يوجب

فسادها.

أقول: ما ذكر من انّ الأمر بشيء لا يقتضي النهى عن ضده العام أو الخاص صحيح كما بيّناه فى بحث الأصول و ان تعلق الوجوب بعنوان لا يسرى الى عنوان آخر فهو ايضا صحيح، و لكن هذا فيما إذا كان كل من العنوانين تقييديّا، كما إذا كان أحد العنوانين منطبقا على تحقق و ينطبق العنوان الآخر على تحقق آخر، و يكون المجمع فى هذه الموارد من قبيل الانضمامين على ما تقرر فى بحث جواز الاجتماع من بحث الأصول؛ و كذا فيما إذا كان أحد العنوانين تقييديّا و الآخر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۹

بقى الكلام فى انّ المشهور ان تأثير الشّرط (۱).

انتزاعيا، و يكون منشأ انتزاعه غير ما انطبق عليه العنوان التقييدى، أو كانا كلّ منهما عنوانا انتزاعيّا، و لكن منشأ انتزاع أحدهما غير الفعل الذى ينتزع عنه العنوان الآخر، فان العنوانين فى جميع ذلك يكون تقييديين بخلاف ما ذا كان كل منهما انتزاعيّا، و يكون منشأ انتزاعهما فعل واحد خارجا أو كان أحدهما تقييديا و ينتزع العنوان الآخر عن ذلك الفعل فان العنوانين فى ذلك و ان يكونان فى عالم المفهوم متعدّدا إلّا أنّهما بحسب الخارج متّحدين، و لذا يكون التركيب بينهما فى الخارج اتحاديّا و يمتنع فيهما اجتماع الأمر و النهى، حيث انّ الطلب يتعلق بما فيه الملاك و الصلاح و الفساد و هو الخارج لا المفهوم لا يقال التحقق الخارجى أى ما هو بحمل الشائع فعل مسقط للطلب و كيف يتعلّق به الطلب سواء كان الطلب من قبيل الأمر أو النهى فإنّه يقال الحكم طلبا كان أو غيره لا يكون بالإضافة إلى متعلّقه عرضا له ليلزم فى تحقق الطلب فعليّة ذلك المتعلق بل الحكم من فعل الحاكم و عرض له و يكون الوجود الخارجى بعنوانه طرفا لإضافته حيث انّ المولى يضيف طلبه الى ذلك المتأخّر بصورته فيكون تلك الصورة مرآة الى ذلك المتأخّر على ما أوضحنا فى بحث اجتماع الأمر و النهى من بحث الأصول و عليه فيحصل التأكّد بطرو العنوان الثانى على الفعل لا محالة.

(۱) و حاصله ان نفوذ شرط سقوط الخيار بأحد أنحائه الثلاثة كسائر الشروط فيما إذا ذكر فى متن العقد و لو ذكر سقوطه قبل العقد مع خلوّ إيجاب العقد و قبوله عن ذكره فلا يكون للمذكور قبل البيع حكم بل يثبت خيار المجلس فان ذكره قبل العقد لا يكون شرطا ليعمّه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) فان الشرط كما عن القاموس هو الإلزام أو الالتزام فى بيع و نحوه.

و لكن عن الشيخ و القاضى ترتّب الأثر على شرط سقوط الخيار فيما إذا ذكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۷۰

....

قبل العقد لعموم قوله (ص) المسلمون عند شروطهم؛ خلافا لبعض الشافعية حيث انهم لا يرون لشرط سقوطه قبل البيع حكم و أورد فى المختلف انه انّما يعتبر الشرط فيما إذا ذكر فى متن العقد؛ نعم إذا ذكراه قبل العقد ثم تبايعا عليه فيثبت له حكم الشرط ايضا.

و ذكر المصنف (ره) فى المناقشة فى الإيراد المزبور انه ان كان المراد من ذكر الشرط قبل العقد ثم البيع مع البناء على ذلك المذكور الإشارة فى البيع الى المذكور قبله فيدخل هذا فى ذكر الشرط فى متن العقد و ان كان مجرّد قصد ذلك المذكور قبل العقد من غير ذكر شيء فى البيع؛ فهذا مراد الشيخ و القاضى أيضا فلا يكون ما ذكره فى المختلف مغايرا لما ذكره الشيخ و القاضى ثم قال و الصحيح انه لا يفيد فى سقوط الخيار ذكره قبل البيع، ثم البيع مع قصده لأنّ المذكور قبل العقد لا يصدق عليه الشرط لما تقدم من أنّه إلزام أو التزام فى البيع بل هو، امّا وعد بالالتزام أو الالتزام تبرّعى أى ابتدائى.

لا يقال كيف لا يكفى القصد مع ذكره قبل البيع، و قد تقدم سابقا انّه لو عيّن كل من المثمن و الثمن خارجا ثم قال البائع بعت و المشترى قبلت لتمّ و لا يحتاج إلى إعادة ذكر العوضين فإنّه يقال القصد و النيّة يكفى فى متعلّقات البيع حيث انه لا يكون بيع بدون

المثمن و الثمن. و امّا غير متعلّقات البيع مما هو خارج عن حقيقته كالشرط فلا يكون له حكم الّا بذكره فى البيع و نحوه ليعمّه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم). و لعلّ الشيخ و القاضى لا- يخالف ذلك فإنّه يحتمل أن يكون ما ذكراه فى مقابل بعض الشافعيّة حيث منعوا عن شرط سقوط الخيار فى ضمن عقد البيع بدعوى انّ الخيار يثبت بعد تمام البيع فلا يجوز شرطه قبل تمام إيجاب البيع و قبوله فمرادهم من ذكره قبل تمام العقد بان يذكر فى الإيجاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۷۱

....

و القبول.

ثم انه ربّما يذكر فى المقام بأنه كيف يصحّ اشتراط أوصاف المبيع كالسلامة، و كذا اشتراط القبض و الإقباض و يثبت بتخلّفهما خيار الفسخ مع انّ شيئا منهما لم يذكر فى عقد البيع و أجاب النائينى (ره) عن ذلك بأنّ الشروط الارتكازيّة العرفية لا يقاس بغيرها فإن إنشاء البيع فى مورد الشرط الارتكازى دالّ على ذلك الاشتراط بالدلالة الالتزامية و كأنّه مذكور فى البيع بخلاف الشرط الذى لا يكون من هذا القبيل فإن إنشاء البيع لا يكون دالا على ذلك الالتزام.

و الحاصل انّما يحتاج الى ذكر الشرط و لو بنحو الإشارة فيما إذا لم يكن البيع دالا عليه بالدلالة الالتزامية لأنّ مع عدم دلالته عليه لا يكون المذكور قبله الّا التزاما تبرعيّا أو وعدا به.

أقول: قد ذكرنا فى مباحث البيع عدم صدق البيع أو غيره من عناوين المعاملات على مجرد الالتزام بكون الشىء ملكا للغير بعوض من دون إنشاء، و لكن تعلق الالتزام الإنشائى بكل من العين و العوض لا يحتاج الّا على العلم بالعوضين حال البيع ذكرا فى عقد البيع أم لا-؟؛ لأنّ تعلق التمليك بالعوضين ليس أمرا إنشائيا و الأمر الإنشائى هو نفس التمليك. و امّا الشرط فى المعاملات فيما إذا كان ارتكازيا فلا يحتاج الى الذكر حيث ان إنشاء تلك المعاملة و إطلاقها كافية فى الدلالة على كونها مشروطة، بالشّرط المزبور بخلاف ما ذا لم يكن ارتكازيا فإنّه يحتاج الى الذّكر ليفهم انّ المعاملة مبتيّة عليه، و لكن لا يعتبر ذكر ذلك فى متن عقد البيع بل لو ذكرا هذا الالتزام قبل البيع و بيّنوا على انّ البيع المنشأ بعد ذلك مبنى على الالتزام المزبور كفى كما لو قال لو بعتك المال فعليك خياطة ثوبى هذا و رضى بذلك الطرف الآخر، ثمّ قال البائع بعت المال متّصلا أو منفصلا و قال الآخر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۷۲

[فرع]

فرع- ذكر العلّامة فى التّذكرة موردا (۱)

[الثانى إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

بل هذا هو المسقط الحقيقى (۲).

قبلت. و امّا إذا لم يذكرا هذا الارتباط قبل البيع بل اعتقد صاحب المبيع انّ طرف الآخر بعد المعاملة على ما كان يلتزم به قبل البيع فهذا لا يكون شرطا بل يكون ذلك من تخلّف الدّاعى.

(۱) ذكر العلامة فى التّذكرة انه لا يجوز شرط سقوط خيار المجلس و لا سائر الخيارات فى البيع فيما إذا نذر المولى عتق عبده إذا باعه فانّ شرط سقوط الخيار مناف للوفاء بالنذر حيث لا يتمّ الوفاء به برفع الخيار- أى- باشتراط سقوطه، و إذا خالف و اشترط سقوطه

فیحکم ببطلان البیع المزبور و علی قول آخر من عدم سرایة بطلان الشرط الی نفس المعاملة یحکم بصحّة البیع و کونه خیاریّا و ذکر المصنّف (ره) من انّ تعلّق النذر بعتق العین کاشتراط عدم فسخ البیع یوجب بطلان التصرف المنافی للنّذر أو الشرط.

أقول: لا وجه لتقیید النذر بما إذا تعلّق بعتق العبد إذا باعه بل لو نذر عتقه یکون الأمر کما ذکر فان التّصرف المنافی للنّذر هو اشتراط سقوط الخیار لا نفس بیع العبد، و قد تقدّم ان النّذر أو الشرط لا یوجب بطلان التّصرّف المنافی حیث انّ النّهی عن المعاملة لا یوجب فسادها فضلا عمّا إذا لم یتعلّق به النهی و انّما یکون منافیا للإتیان بالواجب فتدبّر.

(۲) و الوجه فی ذلک ان مع شرط سقوط الخیار أو الافتراق ینتفی الخیار بانتفاء موضوعه و یشهد لسقوط الخیار بالإسقاط فحوی ما دلّ علی سقوطه بالتّصرّف الدال علی التزام المتصرّف ببقاء البیع فإنّه إذا کان الفعل الدّال علی الإسقاط مسقطا فإنشاء إسقاطه باللفظ أولی بالإسقاط مع انّ الإسقاط مقتضی القاعدة المسلّمة عندهم بأنّ لکل ذی حقّ إسقاط حقّه و استفید هذه القاعدة من فحوی ما دلّ علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۷۳

لو قال أحدهما لصاحبه اختر (۱).

سلطنة النّاس علی أموالهم فإنّه إذا کان الإنسان سلطانا علی التّصرف فی ماله یکون سلطانا علی التّصرف فی حقّه الذی دون المال و سلطنة التّصرف فی الحق فیما إذا لم یکن قابلا للنقل، یعم الإسقاط بل یمکن الاستدلال علی جواز الإسقاط بما دلّ علی نفوذ الشرط لو قیل بأنّ الشرط یعمّ الالتزام الابتدائی حیث انّ الإسقاط التزام بعدم الخیار ابتداء أی من غیر ان یکون فی ضمن المعاملة).

أقول: لعلّ تقیید الحق بما إذا لم یقبل النقل للاحتراز عن مثل حقّی التحجیر و السبق حیث یمکن القول بعدم سقوطهما بمجرّد الإسقاط حیث یکون بقاء التحجیر و السبق بعد الإسقاط موجبا للحق و انّ الحق فی مثل ذلک نحو أولویّة بالإضافة إلی العین لا یسقط إلّا بالنقل أو رفع التحجیر و ترک السبق بخلاف ما ذا لم یکن قابلا للنّقل فانّ الفرق بین ذلک الحق و الحکم جواز إسقاط الأول دون الثّانی.

و علی ذلک فالعمدة إثبات کون الخیار حقّا لا حکما کما یدلّ علیه ما ورد فی کون التّصرف مسقطا معلّلا بأنّه التزام ببقاء البیع. و امّا کون الحق قابلا للإسقاط کما یستظهر من فحوی حدیث سلطنة النّاس علی أموالهم أو دلالة ما ورد فی وجوب الوفاء بالشرط فغیر مهمّ.

(۱) لو کان لکل من المتبایعین خیار کما فی مورد خیار المجلس و قال أحدهما للآخر اختر فان اختار الآخر الفسخ ینفسخ فانّ ذلک مقتضی ثبوت الخیار لذلک الآخر. و امّا إذا اختار إمضاء العقد و إقراره فهل یسقط خیار الآمر ایضا بحیث یکون البیع لازما من الطرفین أو انّه لا یسقط خیار الآمر الّا مع إرادته بقوله اختر نقل خیاره الی صاحبه المعبر عن ذلک بتملیک الخیار و مع عدم ارادة التملیک یبقی خیاره مطلقا أو فیما کان الغرض من قوله اختر استکشاف حال صاحبه من انّه یرید فسخ البیع أو إبقائه. و امّا إذا کان الغرض تفویض أمر البیع الیه فیسقط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۷۴

....

خیاره بالأمر بالاختیار.

أقول: امّا مسئلة تملیک خیاره للآخر فلا دلیل علی نفوذ التّملیک فإنّه لم یثبت انّ الخیار یقبل النّقل الاختیاری. و ما عن النّائینی (ره) من انّ الخیار انّما لا یقبل النّقل إلی الأجنبی، و امّا نقله الی صاحبه فی البیع فلا بأس به ضعیف فانّ عدم النّقل باعتبار عدم الدّلیل علی

نفوذ النّقل، و هذا مشترک بین الطرف الآخر و الأجنبی. و امّا التفویض فان کان المراد توکیل الآخر فی الإقرار و الفسخ فلا ینبغی الریب فی انّ مع اختیار صاحبه الفسخ أو الإمضاء لا یبقی خیار للآمر حیث انه استعمل خیاره بوکیله فی الفسخ أو الإمضاء و ان کان المراد بالتفویض أمر آخر غیر التوکیل و غیر إسقاط الخیار لیکون الآخر مستقلا فی فسخ البیع و إمضائه فلم یتّضح لنا ذلک الأمر.

و الإنصاف انه لا دلالهٔ لقوله اختر علی التوکیل أو الاستکشاف فلا بد فی تعیین أحدهما من قرینهٔ و یستفاد ممّا ورد فی قول الزوج لزوجته اختری ان قول الزّوج فیما إذا اختارت نفسها بان یفترق عن زوجها یکون طلاقا و قد أنکر ذلک فی بعض الأخبار الأخر، و انّه لا یتمّ الفراق الّا بالطّلاق و لو بالتوکیل و ورد فی المقام ایضا سقوط خیار المجلس بقوله لصاحبه اختر و فی النّبویّ المروی فی المستدرک من انّهما بالخیار ما لم یفترقا أو یقول أحدهما لصاحبه اختر و کان قوله لصاحبه اختر مسقط لخیار الآخر و علی کل فمع ضعف سند النبوی و عدم إحراز ظهور الأمر بالاختیار فی إسقاط الخیار أو التوکیل یکون المرجع التمسک بما دلّ علی ثبوت الخیار لکل من البائع و المشتری الی حصول الافتراق. بعد إحراز عدم الاسقاط و لو بالأصل.

ثم انّه إذا کان لکلّ من المتبایعین خیار الفسخ و اختلفا فی الفسخ و الإمضاء ففسخ أحدهما و أمضاه الآخر ینفسخ البیع سواء کان فسخ أحدهما قبل إمضاء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۷۵

[الثالث افتراق المتبایعین]

و لا إشکال فی سقوط الخیار به (۱).

الآخر أو کان بعده لأنّ إمضاء أحدهما لا یوجب سقوط خیار صاحبه و لا یکون ذلک من باب تعارض الفسخ و الإمضاء.

و انّما یقع التعارض بینهما فی موردین أحدهما ما إذا ثبت الخیار للمتعدد من طرف واحد أو لکلّ من الطّرفین، کما إذا قلنا بثبوت خیار المجلس للموکّل و وکیله فاختلفا فی الفسخ و الإمضاء و ثانیهما ما إذا صدر عن ذی الخیار أمران یقتضی أحدهما إقرار العقد و الآخر فسخه کما إذا باع العبد بجاریهٔ، ثم أعتقهما فإنّ العتق بالإضافهٔ إلی بیع العبد فسخ و بالإضافهٔ إلی الجاریهٔ إقرار له فیقع التّعارض.

و قیل انّه فی مورد التعارض یقدم الفسخ فیما إذا وقعا دفعهٔ و یؤخذ بمقتضی السابق مع وقوعهما تدریجا و لکنّ فی کلا الأمرین تأمّل بل منع لأنّ الثّابت للمتعدد فی فرض التّعارض خیار واحد و مقتضاه اتّفاق المتعدد علی الفسخ أو الإمضاء أو رعایهٔ السابق فی بعض الموارد و الّا فمع الاختلاف یبقی البیع علی حاله و إذا أعتق العبد و الجاریهٔ لا یبعد الحکم بانعتاق الجاریهٔ دون العبد، لأنّ عتق العبد یتوقّف علی إرجاعه إلی ملکه بقصده فسخ العقد و لم یحصل هذا القصد کما هو مقتضی عتق الجاریهٔ فتدبّر جیّدا.

(۱) ذکروا من مسقطات خیار المجلس افتراق المتعاقدین و عدّه مسقطا لا یخلو عن مسامحهٔ لأنّ الموضوع للخیار المتبایعین ما داما مجتمعین و بالافتراق ینتهی الاجتماع علی ما تقدّم. هذا بناء علی ما هو المتسالم علیه عندهم کما صرّح بذلک بعضهم من انتهاء الخیار بنفس الافتراق، کما هو ظاهر غیر واحد من الرّوایات أیضا فإنّه قد ورد فیها انّ المتبایعین بالخیار حتّی یفترقا.

لا یقال الافتراق الظّاهر فی الرّضا ببقاء البیع هو المسقط کما یشهد علیه صحیحهٔ الفضیل عن أبی عبد اللّه قلت ما الشّرط فی غیر الحیوان قال (البیّعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا فلا خیار لهما بعد الرّضا منهما)، و لذا ذکر المصنّف (ره) ظهور

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۷۶

....

الصحیحة فی کون الافتراق الظّاهر فی الرّضا ببقاء البیع مسقطا و لکن قد أغمض عن هذا الظهور بالالتزام بکون نفس الافتراق مسقطا، و لعلّ الموجب لالتزامه بذلک التّسالم علی الحکم.

فإنّه یقال ظاهر الصحیحة کون الرّضا بالبیع أی الرضا المعاملی الحاصل من حین البیع المکشوف بقائه بترک الفسخ الی حین الافتراق و انّ الافتراق مع هذا الرضا غایة للخیار فلا یکون فیه احتراز الّا عن صورة الفسخ قبل الافتراق لا انّه یعتبر ان یکون فی الافتراق ظهور فی التزامه ببقاء البیع و عدم رفع یده عنه لیکون الافتراق مسقطا فعلیّا فی مقابل المسقط القولی، کیف و الخیار ملک فسخ العقد و ثبوته لا ینافی الرّضا ببقاء البیع، و لذا یصحّ ان یصرّح قبل الافتراق انّه راض فعلا ببقاء البیع مع بقاء حقّه فی الفسخ لو بدا له ذلک و التفت الی عدم صلاحه.

و بتعبیر آخر الرّضا ببقاء البیع عند الافتراق لا یکون مسقطا بإسقاط ذی الحق بل المسقط إظهار الرّضا بحیث یرفع یده عن حقّه فلا بدّ من الالتزام بان الافتراق مع الرضا المعاملی ببقاء البیع کما ذکر غایة للخیار. و امّا احتمال کون المراد بالرّضا فی الصّحیحة الرّضا بالافتراق زائدا علی رضاهما بالبیع بان لا یکون عبرة بالافتراق فیما إذا حصل بغیر رضاهما مع عدم ظهور الصحیحة فی ذلک خلاف ظاهر صحیحة الحلبی و غیرها ممّا یکون ظاهرا فی سقوط خیارهما بالافتراق و لو لم یکن صاحبه راضیا بذلک الافتراق و حمله علی صورة رضا صاحبه بالافتراق لیس أولی من حمل الصحیحة علی رضاهما بالبیع بالمعنی المتقدم مع ما عرفت من انّه لیس من قبیل الحمل بل الأخذ بالظهور.

و قد ظهر ممّا ذکرنا من انّ الافتراق لیس بمسقط بل ینتهی معه موضوع الخیار انه لا دلالة فی الصحیحة علی ما تقدم من کون الخیار حقّا قابلا للإسقاط، ثم انّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج‌۴، ص: ۷۷

....

المراد بالافتراق لیس تفرّق المتعاقدین عن مجلس کانا فیه حال البیع لأنّه یمکن حصول البیع حال مشیهما أو رکوبهما، و لذا ذکر المصنّف (ره) انّ المراد به زوال تلک الهیئة الاجتماعیة الّتی کانت حال البیع و لا عبرة بالجلوس فی مکان واحد أو کونهما فیه و یحصل هذا الزّوال بأدنی انتقال یزول معه تلک الهیئة کما إذا کان البائع و المشتری فی سفینتین متلاصقتین فإنّه إذا تحرّک رأس السّفینة عن الأخری حصل الافتراق و لا یعتبر فی تحقّقه المشی من أحدهما و لو خطوة، و ان ذکر الخطوة فی بعض الکلمات و لکنّه تمثیل و بیان لبعض افراد الافتراق و لو لم یکن المشی و لو خطوة کما فی مثال السّفینتین کفی فی سقوط الخیار.

و ناقش بعضهم فی کفایة الخطوة بدعوی انصراف الافتراق الی غیره و مقتضی الاستصحاب بقاء الخیار الی حین إحراز حصوله و یؤیّد عدم الکفایة قوله علیه السلام فی بعض الرّوایات فلمّا استوجبتها قمت فمشیت خطاء لیجب البیع حین افترقنا فإنه لو کان المشی خطوة مسقطا للخیار لاکتفی علیه السّلام بذکرها لا بذکر الخطاء.

أقول: الظّاهر من الافتراق بقرینة ثبوت الخیار مع عدم اعتبار المجلس حال البیع زوال المصاحبة الّتی کانت حال البیع و زوال المصاحبة لا یکون بالخطوة أو بتحریک رأس السفینة عرفا بل بحیث لا یکون معه المکالمة المتعارفة. نعم لو شکّ فی مورد فی صدق الافتراق بحیث تکون الشبهة مفهومیة لکان المورد من موارد التمسک بالعموم أی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا استصحاب بقاء الخیار خصوصا مع ما ذکرنا من عدم اعتبار الاستصحاب فی الشبهات الحکمیة).

و ذکر (قده) ان الافتراق کما ذکر عبارة عن زوال الهیئة الاجتماعیة أو المصاحبیّة الحاصلة للمتبایعین حال البیع و زوالها لا یتوقف علی الحرکة من کلّ منهما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج‌۴، ص: ۷۸

المعروف انّه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه (۱).

إلى جهة غير جهة حركة الآخر، بل يحصل بحركة أحدهما و السكون من الآخر و بتعبير آخر تحقق ذات الافتراق تكون من أحدهما و اتّصافها بالافتراق بترك الآخر المصاحبة و لو تحرك كلّ منهما إلى جهة غير جهة الآخر يكون كل من الحركتين افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر معه و يشهد لحصول الافتراق بحركة أحدهما، كما ذكر ما ورد في الرّوايات الحاكية لشرائه عليه السّلام قال فلمّا استوجبتها قمت فمشيت خطاء ليجب البيع حين افترقنا فأثبت عليه السلام افتراقهما بمشيه فقط.

أقول: ما ذكر من حصول الافتراق بفعل أحدهما كما هو ظاهر حكاية شراء الإمام عليه السلام قرينة ظاهرة على انّ الافتراق لا يكون من قبيل إسقاط الخيار بالفعل فإنّه لا معنى لان يسقط أحد المتبايعين خيار الآخر فإنّه من إسقاط غير ذى الحق حقّ الغير.

(۱) المشهور على انه لا عبرة في انتهاء الخيار بالافتراق عن إكراه فيما إذا منع عن التخاير ايضا كما إذا منعهما المكره بالكسر عن فسخ البيع ايضا و كأنّه يبقى الخيار في هذا الفرض الى ان يسقط بمسقط آخر و يستدلّ على ذلك تارة بأن الافتراق الوارد في الروايات غاية للخيار منصرف الى ما كان بالاختيار لا بالإكراه سواء كان الإكراه بنحو يدخل الفعل معه في الاضطرار بمعنى سلب الإرادة و القصد أم لا، و أخرى بأنّ الافتراق في الروايات و ان يعمّ زوال الهيئة الاجتماعيّة مطلقا إلّا ان مقتضى حديث رفع الإكراه عدم العبرة بالافتراق عن إكراه فانّ المقرر في محلّه عدم اختصاص الحديث برفع خصوص الحكم التكليفى، بل يرفع الحكم الوضعى أيضا و منه كون الافتراق غاية للخيار.

و ناقش المصنف (ره) في كلا الوجهين امّا الأوّل فلأن غاية ما يمكن دعوى انصراف الأفعال إلى الاختيارى منها في مقابل الاضطرارى أى الصادر من غير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۷۹

....

ارادة و قصد فإنّ الإسناد في مورد الاضطرار يكون ضعيفا بحيث يكون قيام المبدء بجسم المضطر صوريّا بخلاف مورد الإكراه، حيث يكون الشخص فاعلا بالإرادة و القصد، و لو كانت إرادته للتحرّز عن الضّرر المتوعد به، و إذا دخل الفعل الإكراهى في الغاية دخل الاضطرارى أيضا لعدم القول بالفصل، و لذا ذكروا ان الافتراق عن اضطرار ايضا موجب لسقوط الخيار فيما إذا كان متمكّنا على التّخاير قال في المبسوط في تعليل الحكم انّه إذا كان متمكّنا على الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتى وقع التّفرّق كان ذلك دليلا على الرّضا و الإمضاء.

و امّا الثانى: فلأنّه لو عمّ حديث الرّفع المقام لما كان فرق بين التمكن على التخاير و عدمه مع انّهم قيّدوا سقوط الخيار بصورة عدم التمكن على التخاير و الصّحيح في الاستدلال على المشهور مع ملاحظة الشهرة المحقّقة، و إمكان دعوى انصراف الرّوايات الى ما كان الافتراق عن رضا بالعقد أى ببقائه صحيحة الفضيل حيث ان ظاهرها اعتبار بقاء الرّضا بالبيع الى تحقّق الافتراق حصل الافتراق بالكره أم بغيره أو كون الافتراق بحيث يكون كاشفا عن كون المتبايعين راضيا ببقاء العقد و الإعراض عن فسخه، و هذا الكشف النّوعى لا يكون مع الإكراه على التّفرق و المنع عن التخاير؛ أقول قد ذكرنا ان الافتراق لا دلالة له على إمضاء العقد حتى ما لو كان الافتراق بلا إكراه بل الكاشف عن الرّضا المعاملى ترك الفسخ مع التمكن عن التخاير و فسخ البيع.

و ذكر النائينى (ره) منع انصراف الأفعال إلى الاختيارى بمعنى عدم الإكراه حيث انّ الاختيار بمعنى عدم الإكراه غير داخل في مادة الأفعال و لا في هيئاتها و التمسك بحديث رفع الإكراه في المقام غير صحيح لأنّ المرفوع به الفعل الّذى يتعلّق به التكليف و لا يعمّ الفعل الّذى يكون موضوعا للحكم و التكليف كالسفر و الإقامة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۰

....

و التّفرق لأنّه لا جامع بين متعلق التكليف و موضوعه، و ذكر الوسوسة و الحسد و الطيرة قرينة على اختصاص الرفع بمتعلق التكليف لانّ تلك الأفعال لو لم تكن مرفوعة لكانت متعلقات التّحريم، و يشهد للاختصاص انه لو سافر أو أقام فى بلد إكراها عليهما يجب القصر فى الأوّل و التّمام فى الثّانى و على ذلك فلا يكون رفع الإكراه مقتضيا لنفى الغائية للخيار عن الافتراق عن إكراه لأنّ الغاية قيد لموضوع الحكم أى الخيار؛ هذا مع انّ نفى الافتراق عن إكراه لا يفيد فإنّه لا يثبت موضوع الخيار أى بقاء الهيئة المصاحبية الّتى يكون المتبايعين معها موضوعا للخيار.

أقول: عنوان ما استكرهوا عليه كعنوان ما اضطرّوا عليه يعمّ الفعل الّذى يتعلّق به التّكليف و ما يكون موضوعا للحكم و المراد من رفعه مقابل وضعه و لو كان الفعل المتعلّق به التكليف موضوعا مع الإكراه أو الاضطرار اليه لكان متعلّقا معهما ايضا، كما ان الفعل الموضوع للحكم لو كان موضوعا مع الإكراه عليه أو الاضطرار اليه لكان موضوعا له معهما أيضا و الأمر فى الوسوسة و الحسد و الطيرة أيضا كذلك، و امّا قضيّة الإكراه على السّفر و الاضطرار عليه فعدم كون الإكراه أو الاضطرار رافعا لوجوب القصر فلأنّ حديث الرّفع لا يرفع التكليف و الحكم فيما إذا لم يكن فى نفيه امتنان كما انّه لا يرفع وجوب التّمام فى الإكراه أو الاضطرار إلى الإقامة فلأنّ الموضوع لوجوب التّمام العلم و الاطمئنان بإقامة عشرة أيّام و الإكراه أو الاضطرار لا يطرء على العلم و الاطمئنان نظير ما ذكرناه فى عدم إمكان قضاء الصلاة أو الصوم بحديث الرفع لأنّ الموضوع لوجوب القضاء فوت الفريضة لا التّرك و على ذلك فلا حكومة لحديث الرفع فى الافتراق الّا مع الإكراه على ترك الفسخ أيضا لأنّ الغاية للخيار هو الافتراق مع الرّضا المعاملى ببقاء العقد لأنفس الافتراق و مع المنع عن التخاير لا يحصل الرّضا المعاملى إلّا بنحو الإكراه حيث انّه عبارة أخرى عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۱

....

ترك الفسخ مع التّمكن عليه.

و عن السيّد اليزدى (ره) عدم ثبوت الخيار فى الفرض بل ينتهى خيارهما بالافتراق و لو من غير قصد و شعور فضلا عن الإكراه عليهما بالافتراق و منعهما عن التخاير حيث انّ الإجماع على الخيار فى الفرض غير ثابت كما يظهر ذلك لمن تتبع كلمات الأصحاب و الاختيار سواء كان فى مقابل الاضطرار أو الإكراه غير داخل فى مدلول الأفعال و حديث رفع الإكراه يجرى فى الأفعال الاعتبارية الّتى يكون قوامها بالقصد، و لا يعمّ سائر الأفعال، و لذا لا حكومة له فى إتلاف مال الغير و أسباب الوضوء مع ان الافتراق فى الروايات لا يكون إلّا غاية لموضوع الخيار بمعنى انّه ينتهى موضوع الخيار معه لا قيد للخيار و موضوع له فان المتبادر من قولهم عليهم السّلام (البيّعان بالخيار ما لم يفترقا) انّ الخيار يثبت للمتبايعين ما دام مجتمعين و بالافتراق لا يكون اجتماع نظير قوله أكرم زيدا ما دام فى المسجد فإنّه إذا خرج من المسجد بأىّ وجه و لو من غير القصد و الشعور ينتهى موضوع وجوب إكرامه.

لا يقال صحيحة الفضيل قد دلّت على اعتبار الرّضا فى كون الافتراق غاية فإنّه يقال المراد بالرّضا منهما الرّضا بأصل المعاملة و الرّضا بها قد حصل بأقدامهما على البيع من غير إكراه و ليس قيدا زائدا.

أقول: قد تقدّم ان عدم أخذ الاختيار فى مادة الأفعال و هيئاتها أمر صحيح، و امّا حكومة حديث الرفع فاختصاصهما بالأفعال الإنشائيّة فلا يمكن المساعدة عليه، و لذا لا يكون إتلاف مال الغير مع الإكراه عليه محرّما، و الضمان باعتبار ان نفيه خلاف الامتنان، و امّا عدم الحكومة بالإضافة إلى موجبات الوضوء فلانّ الموجب له ليس هو الفعل ليكون رفع الإكراه و الاضطرار نافيا له بل خروج البول و غيره

کما هو مفاد قولهم علیهم السّلام لا ینقض الوضوء الّا ما یخرج عن طرفیک الّذین

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۲

لو أکره أحدهما على التّفرق و منع عن التخایر (۱).

أنعمها اللّه علیک فیکون نظیر ما تقدم فی وجوب قضاء الصّلاهٔ و غیرهما.

و امّا ان رفع الافتراق بالحدیث غیر ممکن لأنّه لا یثبت موضوع الخیار و هو اجتماع المتبایعین فهو أمر صحیح لأنّ مدلول الحدیث هو النّفی لا ـ إثبات الضّدّ الّا ان العمدهٔ فی ثبوت الخیار فی فرض الإکراه على الافتراق و المنع عن التخایر صحیحهٔ الفضیل الظاهرهٔ فی انتفاء الخیار مع الافتراق فیما إذا کان رضاء معاملی ببقاء البیع لا الرّضا بأصل المعاملهٔ و انّ الخیار یبقى مع عدم ذلک الرّضا و لو مع حصول الافتراق و مقتضى حدیث رفع الإکراه عدم حصول ذلک الرّضا مع المنع عن التخایر.

و على ذلک فالأظهر بقاء الخیار مع الإکراه على الافتراق و المنع عن التخایر الى ان یتحقّق مسقط آخر).

(۱) یفرض الکلام تارهٔ فی إکراه أحدهما على الخروج مع منعه عن التخایر و بقاء الآخر فی المجلس مختارا فی المتابعهٔ و التخایر و أخرى فیما إذا خرج أحدهما مختارا فی خروجه و تخایره و بقاء الآخر فی المجلس مع الإکراه و المنع عن التخایر و الکلام فعلا فی الفرض الأوّل حیث یعلم به الحکم فی الفرض الثّانی أیضا.

و الأقوال أربعهٔ سقوط خیارهما بذلک و بقاء خیارهما و بقاء خیار المکره و سقوط خیار المختار و التّفصیل بین بقاء المختار فی المجلس فیبقى خیارهما و بین خروجه فیسقط خیارهما.

و مبنى الأقوال هو ان الافتراق المجعول غایهٔ هل یحصل باختیار هما أو یحصل باختیار أحدهما، و مع اعتبار اختیارهما فهل یکون اختیار کل منهما مسقطا لخیاره أو انّ مجموع اختیارهما مسقط لکلا الخیارین، فإنه إذا قلنا بکون اختیار کل منهما مسقطا لخیاره یسقط خیار المختار و على القول باعتبار مجموع اختیارهما یبقى الخیاران؛ و إذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۳

....

قلنا بکفایهٔ اختیار أحدهما فی سقوط الخیارین فهل یعتبر الفعل من المختار أو یکفی کونه ترکا کالبقاء فی المجلس فعلى الأوّل أی اعتبار الفعل یفصل بین بقاء المختار فی المجلس فیبقى الخیاران و بین خروجه فیسقط کلا الخیارین؛ و على تقدیر الثّانی أی کفایهٔ الترک یسقط الخیاران.

و نقل المصنف (ره) عن العلامهٔ فی القواعد و ولده فی الإیضاح انّ سقوط خیار المختار ملازم لسقوط خیار الآخر ایضا، و انّه لا تفکیک بین الخیارین فی السّقوط و الثبوت کما استظهر ممّا ذکره فی الإیضاح من المبنى للسّقوط و الثبوت انّ محلّ الخلاف ما إذا کان المختار ماکثا فی المجلس، و امّا مع خروجه و ذهابه فلا خلاف فی سقوط الخیارین حیث قال فی الإیضاح انّ الخلاف فی المقام مبنیّ على ان بقاء المختار متجدّد أو غیر متجدّد و على تقدیر عدم تجدّده فهل یحتاج فی استمراره إلى العلهٔ أم لا، و ان الافتراق المجعول غایهٔ للخیارین أمر وجودی أو عدمیّ، و هل هذا العدم أی عدم تلک الهیئهٔ المصاحبیّهٔ مستند إلى العلّهٔ أم لا فإنّه على تقدیر بقاء الأکوان و عدم حاجته إلى المؤثّر أو کون الافتراق عدمیّا و عدم استناده إلى العلهٔ لم یسقط خیار المختار و یبقى خیار الآخر ایضا بخلاف ما ذا قیل ببقاء الأکوان و عدم حاجهٔ الباقی إلى المؤثر أو کون الافتراق عدمیّا لا یستند إلى العلّهٔ فإنّه یبقى الخیاران.

ثم انّه وجه سقوط خیار المختار لأنّه فعل المفارقهٔ فیسقط به الخیاران، و هذا الکلام و ان کان مورد المنع لعدم ابتناء الأحکام على مثل هذه التدقیقات العقلیّهٔ، بل هی تابعهٔ لحصول موضوعاتها سواء کان لذلک الحصول واقعیّهٔ عینیّهٔ عقلا أم لا إلّا انّه ظاهر فی انّ

المختـار لو خرج عن مجلس العقـد اختيـارا فلا خلاف فى سـقوط الخيارين و سـقوط خيار المختار يلازم سـقوط خيار الآخر كما هو ظاهر كلام والده ايضا، مع انّ ظاهر الشيخ فى الخلاف و القاضى اختصاص سقوط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۴

....

الخيار بالمختار، و لعلّ مراد الشّيخ و القاضى انّ سقوط الخيار يستند الى المختار أوّلا، فلا ينافى سقوط خيار المكره ايضا بالتّبع باعتبار الملازمهٔ فى سقوط الخيارين و ثبوتهما بحصول الغايهٔ و عدم حصولها.

و ذكر المصـنف (ره) ان مقتضـى الأصـل فى الفرض بقـاء الخيـارين كمـا أنّ ظـاهر الروايات بقائهما حيث ان المتبادر منها ما إذا كان الافتراق برضا المتبايعين لبقاء البيع و هذا أوضح فى صـحيحهٔ الفضـيل حيث ما ذكر سلام اللّه عليه فيها ظاهر فى انّ مع الافتراق الظاهر فى رضاهما ببقاء البيع لا خيار لهما و لكن ناقش فى ذلك ثانيا انه لا مورد للأصل فى المقام لانّه يستفاد من الرّوايات كون الافتراق و لو برضا أحدهما مسـقطا للخيارين؛ و صحيحهٔ الفضيل و ان كانت ظاهرهٔ فى اعتبار رضاهما الّا انّه تعارضها ما ورد فى شراء الإمام عليه السـلام و قوله فمشيت خطاء ليجب البيع حين افترقنا فانّ ظاهره كفايـهٔ الافتراق برضا أحدهما فى سـقوط الخيارين؛ و الصـحيحهٔ و إن كـانت أخصّ من الرّوايـات الواردهٔ فى شـرائه عليه السـلام حيث انّه عليه السّـلام لم يتعرّض فيهـا لحـال المتبـايع الآخر، فيمكن دعوى تقييـدها بصورهٔ التفـات الآـخر الى خروج الإمـام عليه السـلام و عـدم متـابعته إلّـا ان الإطلاـق مؤيّـد بموارد تسـالموا فيها على سـقوط الخيارين من غير ان يكون فى البين رضاهما ببقاء البيع كما إذا مات أحـد المتابعين فى المجلس و خرج الآخر فإنّه قـد صـرّح بعضـهم بسـقوط الخيـارين و كمـا يظهر عن الإيضـاح فى ذكر مبنى السـقوط و الثبوت حيث ان ظـاهره كون خروج المختـار عن مجلس العقد موجبا لسقوط الخيارين بلا خلاف).

أقول: قـد ذكرنا ان ظاهر الروايات هو انّ الافتراق غايهٔ للخيار فيثبت الخيار للمتبايعين ما داما متصاحبين، و حيث انّ الافتراق ان حصـل يحصل بالإضافهٔ إلى كلا المتبايعين و لا يمكن حصوله لأحدهما دون الآخر و يشهد لذلك ايضا ما ورد فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۵

....

شرائه عليه السّـلام، فلاـ بـدّ من الاـلتزام بسـقوط كلاـ الخيارين فى هـذا الفرض و الفرض الآخر أى بقاء أحـدهما فى المجلس مكرها ممنوعا عن التخاير و خروج الآخر اختيارا، و لكن فى صـحيحهٔ الفضـيل دلالـهٔ على الرضا من المتبايعين ببقاء البيع الى حصول الافتراق دخلاـ فى سـقوط الخيـارين بالاـفتراق، و المراد الرضـا المعـاملى أى ترك الفسـخ مع التمكن عليه، و على ذلـك فـان كـان المتبايعان متمكّنين على الفسـخ قبـل الاـفتراق و مع ذلـك لم يفسـخا الى ان حصـل الاـفتراق فلا خيار لهما بعـد ذلك، و ان كان أحـدهما فقط متمكنـا على الفسـخ و قـد تركه الى ان حصـل الاـفتراق فلاـ خيـار له و يبقى الخيـار للآخر و حال المكره بالفتـح فى الفرض حال غير المتمكن بمقتضى حديث الرفع الجارى فى حقّه.

لاـ يقال إذا لم يسـقط خيار المكره لا يحصل الغايـهٔ لخيار الآخر أيضا لأنّ الغايـهٔ غايـهٔ لكلا الخيارين، و لـذلك التزم النائينى (ره) فى الفرض ببقاء الخيارين بدعوى انه لا شـهادهٔ فى اخبار الواردهٔ فى شـرائه عليه السلام على خلاف ذلك لأنّها حكايهٔ قضيّهٔ، و لعل الآخر كان راضـيا بالبيع عند خروجه عليه السـلام عن مجلس العقد و دعوى التسالم على السّقوط فى بعض الموارد، كما ذكر المصنف (ره) غير ثابت و على تقديره يلتزم بالسقوط فى تلك الموارد.

فإنه يقـال لاـ يسـتفاد من صـحيحهٔ الفضـيل إلّا دخالـهٔ رضاهما ببقاء البيع الى حصول الافتراق بان يكون الافتراق مع كل من الرّضائين

مسقطا لخيار الراضى كما هو مقتضى مقابلة الجمع بالجمع أى سقوط الخيارين بالرّضائين و اعتبار مجموع الرّضائين فى سقوط الخيارين بحيث لو حصلا سقط الخياران و الّا بقيا فلا يستفاد منها، و على ذلك فالرّضا المعاملى ببقاء البيع مع الإكراه عليه كترك الفسخ مع عدم التمكن عليه فى انّه لا يكون دخيلا فى سقوط الخيار بمعنى ان الافتراق معه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۶

لو زال الإكراه (۱).

لا يكون غاية بالإضافة إلى خيار المكره فيبقى خياره دون خيار الطرف الآخر الرّاضى، و لا ينافى ذلك ما ورد فى شرائه عليه السلام فان مدلوله حصول الافتراق المسقط بفعله عليه السلام؛ و امّا انّه لا دخل لرضا الآخر فلا يستفاد منه الّا بدعوى الإطلاق أى ترك التعرض و على تقديره فيرفع اليد عنه بصحيحة الفضيل.

ثم انّه كما ذكر فى محلّه انّما يرفع الإكراه الحكم فيما إذا كان اختيار الفعل بداعويّة الإكراه فلو كان مكرها على بيع ماله، و لكن بحيث لو لم يكن إكراه لباع ذلك المال ايضا فلا يكون البيع المزبور مشمولا لحديث نفى الإكراه لأنه لا امتنان فى نفى معاملة يريدها صاحبها، و عليه فالمنع عن التخاير لا يوجب بقاء الخيار الّا فيما كان تركه فسخ البيع بداعويّة المنع المزبور لا فيما ترك الفسخ لا من جهة المنع عن التخاير فإنّه لو حصل الافتراق و لو بالإكراه سقط خياره أيضا لأنّ نفى هذا الرّضا المعاملى لا يوجب امتنانا بل لا يبعد القول بسقوط الخيارين فيما إذا تمكّنا على الفسخ بين البيع الى حصول الافتراق، و لو فى زمان لصدق ما فى صحيحة الفضيل من قوله عليه السّلام فإنّه لا خيار بعد الرّضا منهما و لا يعتبر استمرار ذلك التمكن، و على ذلك فلو وقع الإكراه على الافتراق و المنع عن التخاير فى قسم من ذلك الزّمان فلا يدخل فى حديث الرّفع لأنّ الداخل فيه ما يكون دخيلا لو لا الإكراه فتدبّر جيّدا.

(۱) المحكىّ عن الشيخ و جماعة امتداد خيار المجلس بامتداد مجلس زوال الإكراه، و المراد بمجلس الزّوال الهيئة التى كان المتبايعان عليها من القرب و البعد حين زوال الإكراه و لو فرض ان البائع كان فى ذلك الحين فى مكان و المشترى فى مكان آخر فيحصل افتراقهما بانتقالهما أو انتقال أحدهما من ذلك المكان اختيارا.

و استشكل على ذلك المصنف (ره) بأن الهيئة الاجتماعية الّتى كانت حال البيع زائلة فالافتراق حاصل و غاية دليل رفع الإكراه عدم ارتفاع حكم تلك الهيئة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۸۷

....

الاجتماعية أى الخيار. و امّا كون الهيئة الحاصلة بعده، و منها الهيئة حال زوال الإكراه بمنزلة الهيئة الاجتماعية حال العقد، فليس دليل على هذا التنزيل ليترتّب عليه ما تقدم فيدخل المقام فى المسألة الآتية و هى انّه إذا ثبت فى مورد خيار و تردّد أمره بين أن يثبت فى خصوص أوّل زمان التّمكن على الفسخ أو بنحو التّراخى فهل يؤخذ باستصحاب الخيار أو يرجع بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و الحكم عليه بالفور.

أقول: قد تقدم انّه لو كنّا و الرّوايات الدّالة على المتبايعين بالخيار حتّى يفترقا لم يكن حديث الرفع شاملا للمورد لانّ الموضوع للخيار فى تلك الرّوايات هو المتبايعان ما دام متصاحبين و بالافتراق ينتفى الموضوع، و من الظّاهر انّ رفع الإكراه يرفع الحكم فى مورد تعلّق الإكراه بموضوع الحكم بان يوجده أو متعلّق التكليف بان يتركه و الإكراه على الافتراق إكراه على إعدام الموضوع لا على إيجاده على ما تقدم فى كلام السيّد اليزدى (ره).

و لكنّ العمدة فى المقام كانت صحيحة فضيل المتقدّمة فإنّها قد دلّت على انتهاء الخيار بعد الافتراق لكن لا مطلقا بل فيما إذا كان مع

الافتراق رضا ببقاء البیع و حدیث رفع الإکراه اقتضی ان لا یعتبر ذلک الرّضا المعاملی إکراهیّا بل یعتبر الافتراق مع الرضا المعاملی الغیر الإکراهی. نعم سبق الرّضا علی الافتراق لا یستفاد من الصحیحة فإنّ قوله بعد الرّضا متعلّق بنفی الخیار لا لفعل الافتراق فیکون حاصل الصحیحة ان الافتراق بمجرّده لا یکون غایة بل یعتبر فی الغایة حصول الرّضا ببقاء البیع ففی أیّ زمان تمّ الافتراق و الرّضا ببقائه ینتهی الخیار، و نتیجة ذلک کون الخیار بعد زوال الإکراه علی الفور.

و بتعبیر آخر کلمة بعد فی قوله فلا خیار بعد الرّضا منهما نظیر الزکاة بعد النصاب مدلوله اعتبار مدخولة فی الحکم لا حدوث ذلک الحکم بحدوثه، بان یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۸۸

[الثانی خیار الحیوان]

اشارة

لا خلاف بین الإمامیّة (۱).

الرّضا أو النّصاب تمام الموضوع هذا إذا لم یجعل الافتراق بنفسه کأحداث الحدث فی الحیوان المشتری رضاء تعبدیا بالبیع و الّا تکون مفاد الصحیحة مفاد الرّوایات المتقدمة فی عدم جریان رفع الإکراه فی المقام و یتعین الحکم بانتهاء الخیار بالافتراق کیف ما اتّفق.

و ممّا ذکرنا یظهر ضعف ما قیل انّ المقام لا یرجع فیه لا الی استصحاب بقاء الخیار و لا الی عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، بل یحکم ببقاء الخیار بعد زوال الإکراه الی ان یسقط بمسقط آخر فانّ ما دلّ علی انّ لکل من البائع و المشتری خیار الی حصول الافتراق المسبوق بالرضا بالعقد مقتضاه بقاء ذلک الخیار الی حصول الغایة المزبورة أمکن حصولها أو لم یمکن، کما فی المقام حیث انّ مع الإکراه علی الافتراق و المنع عن التخایر لا یحصل الافتراق الحدوثی المسبوق بالرّضا ببقاء العقد أو المقارن بذلک الافتراق.

و وجه الضّعف ما تقدّم من عدم ظهور الصّحیحة فی سبق الرّضا ببقاء البیع علی الافتراق أو ظهورها فی تعلّق الرّضا منهما بنفس الافتراق.

(۱) لا خلاف بین علماء الإمامیّة فی ثبوت الخیار فی بیع الحیوان للمشتری و ظاهر الروایات کالفتاوی ثبوته فی بیع کل حیوان أی کل ذی حیاة کبیرة أو صغیرة حتی العلق و دود القز، و فی صحیحة الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال (فی الحیوان کلّه شرط ثلاثة أیّام للمشتری و هو بالخیار فیها ان شرط أو لم یشترط)، و فی صحیحة الفضیل عنه علیه السلام قلت له ما الشرط فی الحیوان قال (ثلاثة أیّام للمشتری)، قلت له ما الشرط فی غیر الحیوان قال (البیّعان بالخیار ما لم یفترقا و إذا افترقا فلا خیار بعد الرّضا منهما)؛ و فی معتبرة ابن أسباط عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال سمعته یقول الخیار فی الحیوان ثلاثة أیّام و فی غیر الحیوان حتّی یفترقا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۸۹

....

الی غیر ذلک.

و ظاهرها یعمّ ما إذا کان المقصود حیاة الحیوان الی آخر عمره، کما فی الحیوان المقصود به رکب ظهره أو برهة من الزمان کالحیوان المقصود ذبحه أو نحره للأکل بعد زمان کالبقر و الغنم و لا یبعد دعوی انصرافها عمّا لم یکن المقصود منه عادة حیاته کما فی

السّـمک المخرج من الماء و الجراد المحرز فی الإناء و غیره لأن کلّ ذلک یباع بما هو لحم فی العادة بل یشـکل ثبوت الخیار فیما إذا صار الحیوان کذلک بالعرض کالصید المشرف علی الهلاک بإصابة السّهم أو بجرح الکلب المعلّم.

أقول: لعلّ الإشکال فیما إذا اعتبر فی حل الحیوان ذبحه لاعتبار درکه حیّا، و امّا إذا لم یعتبر کما إذا لم یسع الوقت لذلک فلا فرق بینه و بین السّمک المخرج و علی تقدیر ثبوت الخیار ففی امتداده إلی ثلاثة أیّام مطلقا أو مع بقاء حیاته فی ثلاثة أیّام و مع عدم بقائه إلی حین موته أو علی الفور وجوه، و لکن لاـ یکون زهوق روحه و لو قبـل الثلاثـة تلفـا للحیوان لیکون ضـمانه علی بـایعه سواء کـان قبل القبض أو فی مدّة الخیار و لیکن المراد زهوق الروح فی صورة عدم اعتبار الذّبح أو ازهاقه فیما اعتبر.

و امّـا إذا اعتبر کما إذا أدرک زکاته و ترکه بایعه فیما کان الذّبـح علیه فیبطل البیع فیما کان قبل القبض أو بعـده لأنّ التّرک یعـدّ تلفا بخلاـف مـا إذا کان علی المشتری فانّ إتلاف المشتری البیع فی زمان الخیار موجب لسـقوط خیاره، و لکن دعوی انصـراف الرّوایات عن المشـرف للهلاک قریبـة جـدّا، فانّ تحدیـد الخیار بثلاثة أیّام و ما یظهر من الرّوایات عرفا من انّ الحکمة فی ثبوت الخیار ملاحظة حـال الحیوان فی تلـک المـدة قرینـة علی الانصـراف، و انّ التحدیـد المزبور خصوصا بملاحظـة حکمـة جعل الخیار مقتضاه ثبوته فی خصوص موارد یقصد من شراء الحیوان فیها عادة حیاته و لو فی الجملة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹۰

....

و ذکر المصـنف (ره) انّه هل یختص خیار الحیوان بما کان المبیع معینا أو یعمّ الکلی علی العهـدة لم أجـد من صـرح بالاختصاص أو بالعموم؛ نعم یظهر من بعض المعاصرین اختصاصه بالمعین کما هو مقتضی مناسبة الحکمة التی دعت الشرع الی جعل الخیار للمشتری و هی ملاحظة حال الحیوان و الاطّلاع علی خصوصیاته، و هذا هو الأقوی، و أضاف النّائینی فی وجه الاختصاص بالمعیّن وجها آخر و هو انّه لا یمکن الالتزام بثبوت الخیار فی شـراء الحیوان سـلما قبل اسـتحقاق المشتری المطالبة بالمبیع و ثبوت الخیار بعد قبض الحیوان إلی ثلاثـة أیّام خارج عن مـدلول اخبار الباب و إذا لم یثبت الخیار فی بیع الکلّیّ سـلما لا یثبت فی بیعه حالا ایضا لعـدم احتمال الفرق بینهما فی جریان الخیار و عدمه.

أقول: لم یعلم انّ حکمـة الخیار یقتضـی اختصاصه بالمعین فإنّه یمکن تعمیم الخیار و کون حکمة ملاحظة القیود المعتبرة فی المبیع و ما لا یعتبر فإنّه ربّما یلتفت المشتری الی عدم الصـلاح فی شراء الحیوان المزبور و بذلک یظهر انّه مع ثبوت الخیار فی بیع السلم یکون مبـدأه تمام البیع و لو لـم یسـتحق المشتری المطالبة بالمبیع و یظهر ثبوت الخیار فی الکلی علی العهدة فضـلا عن الکلّی فی المعین مثل صحیحـة فضـیل المتقدمة التی قسم فیها المبیع بین الحیوان و غیره و حکم علی الأول بالخیار إلی ثلاثة أیام و علی الثانی الی ان یفترقا و من الظاهر ان الکلّی علی العهدة أو فی المعیّن داخل فی الأول.

و لکن ذکر بعض الأجلة (دامت أیّـامه) عـدم ثبوت خیـار الحیوان فیمـا إذا کان المبیع السّـهام فی الحیوان کما إذا باع الشّـریکان کل منهما النّصف المشاع من الحیوان من واحد سواء کان البیع بصـفقة أو صـفقتین، و ان کان الأمر فیما إذا باع کل منهما نصـفه أوضح و لأن نصف الحیوان لا یکون حیوانا و کذلک لا یثبت الخیار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹۱

[المشهور اختصاص هذا الخیار بالمشتری]

المشهور اختصاص هذا الخیار بالمشتری (۱).

فی الکلی علی العهـدة فإن الکلی علی العهـدة حیوان بعنوانه و بالحمل الأولی لا بالحمل الشائع، و هکـذا الحال فی الکلی فی المعین؛ أضف الی ذلک انصـراف اخبار الباب الی شـراء الحیوان بنحو الغالب و هو وقوع البیع علی شـخص الحیوان و لا یقع البیع علی الکلی إلّا نادرا. نعم إذا کان الکلیّ فی المعین منحصرا بواحد صحّ ثبوت الخیار.

أقول: امّا دعوی انصـراف الأخبار فیدفعها ملاحظهٔ الأخبار الکثیرهٔ الواردهٔ فی شراء الحیوان بنحو السلم فإنّه یظهر منها انّ هذا النحو من الشراء کان متعارفا.

و امّا عـدم کون الکلی علی العهـدهٔ حیوانا الّا بالحمل الأولی فقـد تقدم انّ البیع فی موارد الکلی الحیوان الخارجی لا مفهومه و عنوانه غایهٔ الأمر انّ الوجود الخارجی غیر متعیّن الّا بالعنوان نظیر موارد الطلب علی ما تقدّم.

(۱) المشـهور قدیما و حدیثا ثبوت الخیار فی شراء الحیوان للمشتری خاصهٔ بمدهٔ ثلاثهٔ أیّام و یستدلّ علیه بأنّه مقتضی الأخذ بالإطلاق فی بعض الرّوایات الدّالهٔ علی ان البیعان بالخیار ما لم یفترقا و إذا افترقا وجب البیع حیث یرفع الید عن لزوم البیع بعد الافتراق بالإضافهٔ إلی المشـتری خاصـهٔ و یؤخـذ به الإضافـهٔ إلی البـائع بـل یمکن الأخـذ بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فیمـا إذا لم یکن فی البیع خیـار المجلس بالأصل أو بالعارض کاشتراط سـقوطه، و إذا ثبت لزوم البیع بالإضافهٔ إلی البائع فی هذه الصورهٔ یثبت لزومه بالإضافهٔ إلیه فیما کان فی البین خیار المجلس لعدم احتمال الفرق بین الصورتین فی ثبوت الخیار لبائع الحیوان و عدم ثبوته.

أضف الی ذلک ظاهر الروایات الواردهٔ فی شراء الحیوان حیث صرّح فیها بثبوت خیار الحیوان للمشتری و لو کان خیار الحیوان کخیار المجلس فی ثبوته للمتابعین لم یکن وجه لذکر المشتری و ترک ذکر البائع؛ و فی صحیحهٔ الحلبی و غیرها

....

عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام قال فی الحیوان کله شـرط ثلاثـهٔ أیّام للمشتری و هو بالخیار فیها ان شـرط أو لم یشترط. و فی صـحیحهٔ الفضـیل ما الشّرط فی الحیوان قال ثلاثهٔ أیّام للمشتری و ما الشرط فی غیر الحیوان قال البیعان بالخیار ما لم یفترقا و إذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما بل ظاهر قوله فی بیع غیر الحیوان و إذا افترقا وجب البیع یعمّ ما إذا کان الثمن فی بیع غیر الحیوان حیوانا و أوضح من ذلک کله الصـحیحهٔ المحکیهٔ عن قرب الإسـناد عن أحمد و محمد ابنی محمد ابن عیسـی عن الحسن بن محبوب عن علی ابن رئاب قال سألت أبا عبـد اللّه علیه السـلام عن رجل اشتری جاریـهٔ لمن الخیار للمشتری أو للبائع أولهما کلیهما فقال الخیار لمن اشتری ثلاثهٔ أیّام نظرهٔ، فإذا مضت ثلاثهٔ أیام فقد وجب الشـراء و لکن مع ذلک قد ذهب السـید المرتضـی و ابن طاوس الی ثبوت الخیار فی شـراء الحیوان للمتبایعین و یشهد له صحیحهٔ محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال المتبایعان بالخیار ثلاثهٔ أیّام و فیما سوی ذلک من بیع حتّی یفترقا و ذکر المصـنف (ره) انّ هذه الصـحیحهٔ تعارضـها صـحیحهٔ علی بن رئاب و تقدم علی تلک الصحیحهٔ ترجیحا فی مقام المعارضـهٔ فإنّهم قـد صـرّحوا بترجیح روایهٔ مثل زرارهٔ و محمد بن مسـلم من الفقهاء الثقات علی روایهٔ غیرهم ممّن یکون دونهم فی الثقـهٔ و الفقاهـهٔ مع انّ صـحیحهٔ محمـد بن مسـلم مرویـهٔ فی الکتب الأربعهٔ بخلاف صـحیحهٔ علی ابن رئاب فإن اعتبار کتاب قرب الاسـناد أو غیره لا تصل مرتبهٔ اعتبار الکتب الأربعهٔ فإن کثیرا من أصـحابنا لا یلتفتون الی حدیث لا یوجد فی تلک الکتب مع التفاتهم الی وجود أحادیث فی غیرها؛ و امّا سائر الروایات فتقدم صـحیحهٔ محمد ابن مسلم علیها للجمع الدلالی بینها و بین تلک الروایات فإن دلالهٔ تلک الرّوایات علی نفی الخیار عن بایع الحیوان بالمفهوم أی الاقتصار بذکر المشتری و عدم التعرض للبائع و یمکن

....

ان یقال انّ عدم التعرض فیها للبائع لیس لنفی الخیار عنه بل لانّ الغالب فی شراء الحیوان وقوع الفسخ من المشتری حیث انّه یطلع فی تلک المدّة علی خفایا الحیوان و خصوصیاته، و لذا اقتصر بذکره، و من الظاهر ان مع وجود الجمع الدلالی لا تصل النوبة إلی إعمال مرجّحات المعارضة ککون احدی الروایتین أشهر لیقال انّ الشهرة فی الروایات النّافیة للخیار عن البائع. و یبقی فی البین الشهرة من حیث الفتوی و لکن لا ـ اعتبار بالإجماع فیما إذا أحرز مدرکه فضلا عن الشهرة ثمّ قد قرب (ره) اختصاص خیار الحیوان بالمشتری بدعوی انّ الطائفة الأولی لا یقصر ظهورها فی اختصاص خیار الحیوان بالمشتری عن الخبر الدال علی ثبوته للمتبایعین و یظهر ذلک بملاحظة مثل صحیحة زرارة حیث انه لو کان خیار الحیوان کخیار المجلس فی ثبوته للمتبایعین، لما کان للعدول عن التعبیر بالبیعین الی صاحب الحیوان وجه و تلک الطائفة مشهورة بین أصحاب الحدیث حتی عند محمد بن مسلم الراوی للخبر المزبور حیث انّه روی ایضا الرّوایة الدّالة علی انّ خیار الحیوان حق لصاحب الحیوان أی من یملکه بالبیع المفروض فیکون الترجیح لها و علی تقدیر تعارضهما و تساقطهما یرجع الی عموم قوله علیه السلام البیعان بالخیار ما لم یفترقا، و إذا افترقا وجب البیع حیث ان المتیقّن من تقیید وجوب البیع بعد الافتراق ثبوت الخیار للمشتری فی شراء الحیوان إلی ثلاثة أیّام فیؤخذ بالوجوب بالإضافة إلی البائع فالقول بثبوت الخیار للمتبایعین ضعیف.

نعم هنا قول ثالث أقوی من القول المزبور و هو ثبوت الخیار لمن انتقل الیه الحیوان سواء کان مشتریا أو بائعا و مع کون العوضین حیوانا یثبت الخیار لکلّ منهما إلی ثلاثة أیّام و یقتضیه صحیحة زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال سمعته یقول (قال رسول اللّه (ص) البیّعان بالخیار حتی یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹۴

....

ثلاثة أیّام.

لا یقال قد قیّد صاحب الحیوان بالمشتری فی موثقة حسن بن علی بن فضّال قال سمعت أبا الحسن علی بن موسی الرضا علیه السلام یقول صاحب الحیوان المشتری بالخیار ثلاثة أیّام فإنه یقال تفسیر صاحب الحیوان بالمشتری باعتبار الغالب و الغرض من التفسیر دفع احتمال ثبوت هذا الخیار للمالک الأصلی للحیوان حیث انّ الغالب فی البیوع کون الحیوان مبیعا لا ـ ثمنا فلا تنافی الأخذ بإطلاق الصحیحة الدّالة علی ثبوت الخیار لمن انتقل الیه الحیوان بایعا کان أو مشتریا لأنّ غلبة القید توجب ان لا یرفع الید به عن إطلاق المطلق و لکن لا توجب صرف الإطلاق إلیه.

لا یقال کیف الجمع بین الصحیحة الدّالة علی ثبوت الخیار لصاحب الحیوان و الصحیحة الدّالة علی ثبوته للمتبایعین فإنه یقال تحمل الصّحیحة الثانیة علی صورة کون العوضین حیوانا.

و ذکر (ره) فی آخر کلامه انه لا یبعد انصراف صاحب الحیوان فی الصحیحة الأولی الی المشتری فعلیه لا موجب لرفع الید عن أصالة اللزوم بالإضافة إلی البائع کان الثمن حیوانا أم لا. أقول: امّا صحیحة زرارة الدالة علی ثبوت الخیار لصاحب الحیوان فلا یعارضهما شیء فان موثقة حسن بن فضال المفسر فیها صاحب الحیوان بالمشتری لدفع احتمال ثبوت خیار الحیوان لصاحبه الأصلی أی البائع، و یحصل هذا الدفع ایضا بکون المشتری بصیغة المفعول صفة للحیوان و الروایات الدالة علی ثبوت الخیار لمشتری الحیوان لا دلالة لها علی عدم ثبوته للبائع فیما إذا کان الحیوان ثمنا فی البیع بل مقتضی التفصیل فی مثل صحیحة زرارة بین خیار المجلس و خیار الحیوان فی التعبیر عدم ثبوت خیار الحیوان کخیار المجلس للمتبایعین. و الحاصل یؤخذ بإطلاق صاحب الحیوان فی صحیحة زرارة و یحکم بثبوت خیار الحیوان بایعا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۴، ص: ۹۵

[لا فرق بين الأمة و غيرها]

لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار (۱)

[مبدء هذا الخيار من حين العقد]

مبدء هذا الخيار من حين العقد (۲).

كان أو مشتريا و لا موجب لانصرافه الى خصوص المشترى فان المطلق يعمّ فرده الغالب و غيره و انّما لا يصلح خطاب المقيد فيما كان القيد غالبا لتقييد خطاب المطلق.

و يبقى في البين معارضة هذه الأخبار مع صحيحة مسلم الدالة على ان المتبايعين بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، و لو أمكن حمل هذه على ما إذا كان كل من العوضين حيوانا كما استظهر ذلك من التعبير بالمتبايعين فان ظاهر باب التفاعل قيام المبدء بكل من الطرفين. و بتعبير آخر المفروض في الصحيحة اتحاد العوضين في العنوانين فيكون الخيار لكل من المتبايعين ثلاثة أيّام؛ و في غير ذلك حتى يفترقا و لو لم يمكن الحمل باعتبار ان البيع يتحقّق بفعل الطرفين لا بواحد منهما و ظهور باب التفاعل في قيام المبدء بكل منهما فيما إذا لم يتوقف تحقق ذلك المبدء بفعلهما فيقع التعارض بين الطائفتين و يقدم الطائفة الأولى لموافقها للعموم في قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) كما لا يخفى.

(۱) لا فرق بين الأمة و غيرها في كون الخيار فيهما إلى ثلاثة أيّام. و في صحيحة على ابن رئاب قال سئلت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشترى أو للبائع أو لهما كلاهما فقال الخيار لمن اشترى ثلاثة أيّام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء و لكن عن الغنية و الحلبى ان مدة خيار الأمة مدة أستبرئها اى الحيضة أو خمسة و أربعون يوما و ادّعى في الغنية الإجماع على ذلك و ربّما ينسب هذا القول الى غيرهما كالمراسم و المقنعة و النّهاية لحكمهم بضمان البائع الأمة مدة استبرائها؛ و من الظاهر ان ضمانه حكم لخيار المشترى و على كل فلا يعرف لهذا القول وجه.

(۲) مبدء خيار الحيوان تمام العقد و لو لم يتفرّقا الى ان انقضى ثلاثة أيام ينتهى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۴، ص: ۹۶

....

خيار الحيوان و يبقى خيار المجلس و الوجه في ذلك قوله عليه السلام الشرط في الحيوان ثلاثة أيام و في غيره الى ان يفترقا فانّ ظاهره كون المبدء للخيارين واحدا. و عن ابن زهرة جعل مبدأه انقضاء خيار المجلس، و كذا الشيخ و ابن إدريس حيث ذكرا ان مبدء خيار الشرط حين التفرق لأنّ الخيار يثبت فيما إذا ثبت العقد و العقد لا يثبت قبل التفرّق، و هذا الدّليل كما ترى يجرى في خيار الحيوان ايضا.

و لكنه ضعيف فإنّه ان أريد من ثبوت العقد بتمامه فالأمر ظاهر لأن تمام العقد بتمام البيع لا بانقضاء زمان خيار المجلس و ان أريد من تمامه لزومه فالأمر كذلك أيضا فإنّ الخيار حكم للعقد اللّازم لولا الخيار لا حكم للعقد اللّازم لولا هذا الخيار كما لا يخفى.

و یستدل علی القول المزبور بوجوه، أخری منها استصحاب الخیار بعد ثلاثة أیام من حین العقد بل باستصحاب عدم حدوثه قبل التفرق و فیه انّه لا تصل النوبة الی الأصل العملی مع وجود الدلیل الاجتهادی و هو الظهور المتقدم و ایضا فالاستصحاب علی التقریب الثانی مثبت لانّ عدم حدوث خیار الحیوان قبل التفرق لا یثبت حدوثه حین التفرق.

و منها ما ورد فی انّ التلف فی زمان خیار الحیوان علی البائع حیث انه ممن لا خیار له و لو کان مبدء خیار الحیوان من حین التفرق یصحّ التلف علیه لأنه لا خیار له و لا یصحّ فیما إذا جعل مبدأه من حین العقد فإنه لا موجب لحساب التلف علی البائع فیما إذا تحقق التلف قبل التفرق حیث انه تلف فی زمان الخیار المشترک و أجاب المصنف (ره) عن ذلک بان ما ورد فی کون التلف فی زمان خیار الحیوان یحسب علی البائع بانحلال البیع مبنی علی الغالب من وقوع التلف بعد التفرق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹۷

....

و انقضاء خیار المجلس.

أقول: الصحیح عدم الفرق بین الصورتین فإنه یحسب التلف علی البائع فإنّ ثبوت خیار المجلس لا یکون موضوعا لانحلال البیع بالتلف و لا ینافی ذلک انحلاله بالتلف مع غیره و منها انه إذا کان فی البین خیار الحیوان قبل التفرق للزم اجتماع السببین علی المسبب الواحد و أجاب (ره) بأنّ خیار الحیوان لو کان مختلفا مع خیار المجلس فی المهیّة و النوع فلا اجتماع علی مسبب واحد، و ان اتّحدا نوعا فکذلک لأن الأسباب الشرعیّة معرفات و علامات متعددة بل لو کانت مؤثرات فتأثیر کل واحد مستقلا یتوقف علی عدم انفراده و فی صورة اجتماعهما یؤثران معا.

أقول: الصحیح فی الجواب انّ الخیارین متحدان فی الحقیقة حیث انّ الخیار ملک فسخ العقد و انّما یختلفان بحسب الأحکام، و کل من شراء الحیوان و اجتماع المتبایعین حال العقد موضوع لهما فلیس فی البین تأثیر و لا معرف بمعنی العلامة فالخیار فی المقام متعدد لأنّ کلا منهما حکم لموضوع قد تحقق کما لا یخفی.

و ذکر فی التذکرة فی الجواب عمّا قیل من انّ ثبوت الخیارین معا فی عقد واحد یوجب اجتماع المثلین ان الخیار واحد و الجهة متعددة، و هو کما تری فإنه کما ذکرنا الخیار متعدد، و لذا یبقی الخیار مع إسقاط أحدهما و قد تقدم ایضا انّ الخیار الشرعی حکم شرعی للبیع کما هو ظاهر الخطاب فیکون تعلقه بالبیع بعد تمامه.

و لو کان البیع مشروطا بالقبض کما فی السلم أو التقابض، کما فی الصرف فلا یثبت الخیار فیهما الّا بعد القبض أو التقابض و عن السید الیزدی (قده) انه یمکن ان یقال بعدم ثبوت الخیار المجلس فی بیع الحیوان أصلا فإن ذلک مقتضی المقابلة بین بیع الحیوان و غیره فی الأخبار، و ان الشرط فی الحیوان ثلاثة أیام للمشتری و فی غیره الی ان یفترقا و تبعه علی ذلک بعض الأجلاء (دامت أیامه) حیث ذکر ظهور

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹۸

....

الروایات فی عدم ثبوت خیار المجلس فی بیع الحیوان و شرائه. أقول المطلقات الدّالة علی ثبوت خیار المجلس فی کل بیع و منه بیع الحیوان موجودا نظیر صحیحة الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال (أیّما رجل اشتری من رجل بیعا فهما بالخیار حتی یفترقا و صحیحة محمد ابن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قال رسول اللّه (ص) (البیعان بالخیار حتی یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثة أیام؛ و نحوها صحیحة زرارة عنه علیه السلام و مقتضاها ثبوت الخیارین لمشتری الحیوان و صاحبه أحدهما الی ان یفترقا و

الآخر إلی ثلاثة أیّام.

و انّما الکلام فی المقید الموجود فی البین الموجب لرفع الید عن المطلقات المتقدمة فیقال انّ المقید هی المقابلة بین الحیوان و غیره فی معتبرة علی ابن أسباط عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال سمعته یقول الخیار ثلاثة أیّام للمشتری و فی غیر الحیوان الی ان یفترقا و لو کان خیار الحیوان مجتمعا مع خیار المجلس لزم التعبیر بأنّ الخیار فی الحیوان ثلاثة أیام للمشتری، و فی کل البیوع الی ان یفترقا و نظیرها صحیحة الفضیل، حیث سأل الإمام علیه السلام بقوله ما الشرط فی الحیوان قال (ثلاثة أیّام للمشتری قلت ما الشرط فی غیر الحیوان قال البیعان بالخیار الی ان یفترقا).

و لکن یمکن الجواب عن الأخیر بأنّ قوله علیه السلام البیعان بالخیار الی أن یفترقا مطلق یعم بیع الحیوان و غیره و السؤال عن الخیار فی بیع غیر الحیوان لا یکون مقیّدا للإطلاق الوارد فی الجواب، و بتعبیر آخر کون البیعان بالخیار ما لم یفترقا یثبت لکل بیع کان المبیع فیه حیوانا أو غیره بخلاف ثلاثة أیام فإنّه حکم لخصوص شراء الحیوان و عدم عطف الی ان یفترقا علی ثلاثة أیام باعتبار عدم کون الخیار الی الافتراق حکما لبیع الحیوان و شرائه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۹۹

[لا إشکال فی دخول اللّیلتین المتوسطتین]

لا إشکال فی دخول اللّیلتین المتوسطتین (۱).

و امّا معتبرة علی ابن أسباط فقوله علیه السلام و فی غیر الحیوان الی ان یفترقا بعد قوله الخیار فی الحیوان ثلاثة أیّام للمشتری ناظر الی فرض الغالب و هو انّ المفید لمشتری الحیوان بحسب الغالب خیار الحیوان حیث ان معه لا یحتاج إلی إعمال خیار المجلس فالتقیید باعتبار عدم الفائدة فی خیار المجلس لمشتری الحیوان غالبا فلا یوجب رفع الید عن المطلقات المتقدمة، و هکذا الکلام فی صحیحة محمد ابن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال المتبایعان بالخیار ثلاثة أیام فی الحیوان و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا مع انه قد تقدّم الإشکال فی الأخذ بظهور هذه الصّحیحة و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) لا ینبغی الرّیب فی دخول اللیلتین المتوسطتین فی ثلاثة أیام لا لأنّ اللیلتین داخلتان فی معنی الیومین فان الیوم یقابل اللیل و ظاهره بیاض النهار، بل دخول اللیلتین باعتبار کون المستفاد من الروایات ثبوت خیار واحد مستمر من حین تمام الشراء الی انقضاء ثلاثة أیّام. نعم مقتضی الظهور العرفی لثلاثة أیّام یعم کونها بنحو التّلفیق بمعنی انه لو وقع البیع عند زوال الشمس من الیوم الأوّل فینتهی الخیار عند الزوال من الیوم الرابع و تدخل اللیالی الثّلاث فی ثلاثة أیّام لدلالة قرینة استمرار الخیار الواحد علی ذلک لا لدخول اللیالی فی المستعمل فیه للأیّام و هذا یجری فی کل مورد یحدّد فیه موضوع الحکم أو متعلّقه أو نفس الحکم بالأیام فیکون ظاهر الخطاب الیوم مقابل اللیل، و ان الأیام لو حظت بنحو الاتّصال و انّها تعم بنحو التّلفیق من بیاض النّهار من یومین.

نعم ربّما لا یکون فهم عرفی بالإضافة إلی کفایة التلفیق کما إذا کان متعلق الحکم أو التکلیف من العبادة کالاعتکاف المحدد بثلاثة أیّام فان فی مثله لا بدّ من رعایة الیوم التام و مما ذکر یظهر انّ التّلفیق من بیاض النهار فی موارد مساعدة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۰

[مسقطات خیار الحیوان]

أحدها اشتراط سقوطه فی العقد (۱).

الفهم العرفی لا بأس به، و امّا التلفیق من اللیل بمقدار الیوم فلا یکفی لعدم صدق الیوم علی اللّیل.

و قد یقال بثبوت الخیار بثلاثة أیّام مع لیالیها لأنّ دخول اللّیلتین فقط یوجب اختلاف مفردات الجمع فی الاستعمال، و الجواب انّه ان أرید دخول اللیلة الأولی فیما إذا وقع البیع فی اللیل فهو حسن، و لکن لا للوجه الّذی ذکره بل لأنّ ذلک مقتضی کون مبدء خیار الحیوان تمام البیع، و ان أرید اللیلة الأخیرة فیما إذا وقع البیع أول الیوم لیکمل ثلاثة أیّام و ثلاث لیال فهو غیر صحیح و لا یلزم من خروجها اختلاف المفردات فی المستعمل فیه للفظ یوم، فإنه بیاض النهار و دخول اللّیلتین المتوسطتین باعتبار دلالة الدال الآخر، و هو ثبوت الخیار من حین تمام العقد مستمرا إلی ثلاثة أیّام، و فی صحیحة علی ابن رئاب قال سئلت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری جاریة لمن الخیار للمشتری أو للبائع أولهما کلاهما قال الخیار لمن اشتری ثلاثة أیّام نظرة فإذا مضت ثلاثة أیام فقد وجب الشراء فانّ ظاهرها عدم لزوم العقد قبل مضیّ ثلاثة أیام لا انّ العقد فی اللّیالی محکومة باللزوم، و فی النهار من تلک اللیالی بالجواز کما لا یخفی.

(۱) یسقط خیار الحیوان بأمور منها اشتراط سقوطه فی العقد حیث تقدم فی بحث خیار المجلس ان الخیار من الحقوق و ان اشتراط سقوطه فی العقد یکون إسقاطا قولیا و لذلک لا فرق بین اشتراط سقوطه رأسا أو سقوطه فی بعض الأیام مع تعدد الخیار فیها، و الّا ففی نفوذه اشکال حیث انّ الخیار الثابت لصاحب الحیوان أو مشتریه واحد لا تعدد فیه حتی بالإضافة إلی الأیام.

و منها إسقاطه بعد العقد قولا و قد تقدم ایضا انّ ذلک مقتضی کون الخیار حقا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۱

....

و منها التّصرف فانّ کون التصرف فی الحیوان المشتری مسقطا للخیار فی الجملة مما لا خلاف فیه و یشهد له صحیحة علی ابن رئاب عن ابی عبد اللّه (ع) قال (الشرط فی الحیوان ثلاثة أیام للمشتری اشترط أم لم یشترط فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثة الأیام فذلک رضا منه فلا شرط) قیل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبّل أو نظر منها الی ما کان یحرم علیه قبل الشّراء.

و صحیحة محمد بن الحسن الصفار قال کتبت الی أبی محمد علیه السلام فی الرجل اشتری من رجل دابة فأحدث فیها حدثا من أخذ الحافر أو أنعلها أو رکب ظهرها فراسخ إله أن یردّها فی الثلاثة الأیّام التی فیها الخیار بعد الحدث الذی یحدث فیها أو الرکوب الّذی یرکبها فراسخ؟ فوقّع علیه السلام إذا أحدث فیها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء اللّه تعالی. و فی صحیحة علی بن رئاب المرویة فی قرب الاسناد قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل اشتری جاریة لمن الخیار فقال الخیار لمن اشتری الی ان قال قلت له أ رأیت ان قبلها المشتری أو لامس فقال إذا قبّل أو لامس أو نظر منها الی ما یحرم علی غیره فقد انقضی الشرط و لزم البیع.

و استدلّ فی التذکرة علی کون التصرف مسقطا للخیار بأنّه دلیل الرّضا أی کاشف عنه و المراد بالرّضا الرّضا بلزوم العقد و سقوط خیاره و ذکر فی موضع آخر نظیر ما فی الغنیة بأنّ التصرف اجازة للبیع المزبور.

و لکن لا یخفی انه ان کان المراد من الحدث المسقط التصرف المحرم علی غیر المالک و المحلّل له أو المأذون منه کما یشیر الی کونه محرما الی غیر المالک قوله علیه السلام أو نظر الی ما یحرم النظر الیه قبل الشراء أی قبل کونه مالکا فلازمه الالتزام بسقوط الخیار بمطلق استخدام المملوک و التصرف فی الحیوان لأن مطلق التصرف فیه غیر جائز علی غیر المالک و علی غیر المأذون من قبله، و قد صرّح بسقوط خیار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۲

....

العیب بمطلق التصرف فی المعیب فلا یجوز معه ردّه علی بایعه سواء کان التصرف قبل العلم بالعیب أو بعده و علی ذلک یکون جعل الخیار ثلاثة أیّام للمشتری مع کون مطلق التصرف مسقطا کاللغو فإنّ الحکمة فی جعل الخیار علی ما ذکروه الاطلاع علی خفایا الحیوان التی توجب کراهة المشتری و إعراضه عن الإمساک به و لو کان مطلق التصرف فی الحیوان مسقطا للخیار لما کان لهذه الحکمة مورد.

و الالتزام بأنّ مطلق التصرف لا یکون مسقطا بل المسقط التصرف الدال علی الرّضا ببقاء العقد لا یمکن المساعدة علیه فإنّه لا یناسب الأمثلة التی ذکروها لکون التصرف مسقطا و دعوی انّ تلک التصرفات کلها من قبیل الإسقاط الفعلی أی من قبیل الدّال علی الرّضا ببقاء العقد و لو بظهور نوعی کما تری.

أقول: کون التصرف فی خیار العیب مسقطا له بحیث لا یجوز فسخ البیع بعده بل یتعین جواز أخذ الأرش غیر مسألة کون التّصرف مسقطا لخیار الحیوان فلا بدّ من ملاحظة الرّوایات فی کل من المسئلتین و لو تمّ دلالتها علی کون التصرف مسقطا لخیار الحیوان فلا بأس بالالتزام به غایة الأمر لا یکون التّصرف الّذی یتعارف اختبار الحیوان به مسقطا لانصراف الروایات و عدم ظهورها خصوصا بملاحظة ان المتفاهم من جعل الخیار للمشتری ثلاثة أیّام لحاظ خصوصیاته فی تلک المدة و لا ینافی ذلک جعل الشارع بعض الأفعال حدثا و رضاء بالبیع تعبّدا کما یأتی ذلک فی النّظر الی ما یحرم من الأمة أو تقبیلها و لمسها و علی ذلک فالمراد بالرضا بالبیع الالتزام بعدم فسخه فانّ الرّضا بأصل البیع مفروض قبل التصرف و یدلّ علی ذلک روایة عبد اللّه ابن الحسن، و لکن باعتبار ضعف سندها تصلح للتأیید و رواها عن أبیه عن جعفر بن محمد قال علیه السلام قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فی رجل اشتری عبدا بشرط ثلاثة أیام فمات العبد فی الشرط قال یستخلف باللّه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۳

....

ما رضیه ثم هو بریء من الضّمان.

و الحاجة الی الاستحلاف مع عدم کون بایعه مدّعیا فانّ الدعوی لا تسمع الّا مع الجزم مبنی علی سماع الدعوی بنحو التهمة أو یحمل علی صورة جزم البائع بإسقاط خیاره بالالتزام بالبیع المزبور.

و ذکر (قده) انّ قوله علیه السلام فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل ثلاثة أیام فذلک رضاء منه و لا شرط له یحتمل وجوها الأوّل ان یکون فذلک رضاء منه جزاء للشرط بان یکون احداث الحدث فی الحیوان رضاء بالبیع و التزاما به بحیث لا ینفسخ بعد ذلک و حیث انّ الحدث لا یکون إسقاطا للخیار و التزاما بالبیع مطلقا بنحو الإسقاط الإنشائی فیکون الرّضا و الإسقاط بنحو التعبد و الحکم الشرعی.

و الوجه الثّانی ان الجزاء قوله علیه السلام و لا شرط له و قوله فذلک رضاء منه تمهید للجزاء المزبور ببیان الحکمة له بمعنی ان الحدث فی الحیوان لدلالته غالبا علی التزام المشتری بشرائه و عدم رفع یده عنه فاعتبره الشارع ملاکا فی حکمه بسقوط الخیار بالحدث مطلقا نظیر ما تقدم فی سقوط خیار المجلس بالافتراق من انّ حصول الافتراق غالبا بداعی الرّضا و الالتزام بالبیع صار موجبا لاعتبار الشّارع الافتراق فی جمیع موارده مسقطا و أورد علی هذین الاحتمالین ان لازمهما الالتزام بسقوط خیار الحیوان بکل تصرف حتی فیما إذا وقع التصرف لاختبار الحیوان و الاطّلاع علی خفایاه و مع الالتزام بذلک یکون ثبوت خیار الحیوان للمشتری کاللغو اضف الی ذلک مخالفته لما علیه إجماع الأصحاب من اعتبار دلالة التصرف علی الرضا فی سقوط الخیار. نعم کون تلک

الدلالة بنحو دلالة الألفاظ ظهورا نوعيّا أو يعتبر الظهور فى كل مورد يأتى فى الوجهين الأخيرين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۴

....

أقول: كون الجزاء للشرط قوله و لا شرط له غير محتمل لانّ الواو العاطفة لا تدخل على الجزاء و يتعين كون الجزاء نفس قوله فذلك رضاء منه. و من الظاهر ان الحدث فى الحيوان لا يكون فى جميع موارده رضاء بالبيع بالرضا الإنشائى من ذى الخيار فيكون كذلك بنحو التعبد و الحكم الشرعى نظير ما تقدم فى كون الافتراق رضاء بالبيع و لا بعد أيضا فى الالتزام بان الحدث فى الحيوان أى التصرف المغيّر كأخذ الحافر مسقط للخيار فإنّه لا يدخل فى الحدث التّصرف غير المغير كركوب الحيوان فان تلك التصرفات إذا كان بداعى الالتزام بالبيع و إظهار إبقائه فتدخل فى الإسقاط الفعلى و الّا فلا يسقط الخيار بها مثل أمر الأمة بغلق الباب أو سقيه ماء خصوصا فيما إذا وقعت بغرض الاختبار و الاطلاع على خفايا الحيوان و خصوصيات الأمة و يلتزم بان مثل لمس الأمة و تقبيلها و النظر الى ما يحرم قبل شرائها مسقط للخيار، و ان ما ذكر من قبيل الحدث و لو بنحو التعبد و التنزيل.

الوجه الثالث: أن يكون الجزاء قوله عليه السلام و لا شرط له و قوله فذلك رضاء منه بيان لعلّه الجزاء و المراد بالرّضا الدلالة عليه نوعا نظير دلالة الألفاظ على كون مراد المتكلم معانيها الحقيقيّة، و حيث انّ الحكم يدور مدار العلّة فيكون سقوط الخيار بالتصرف دائرا مدار دلالة التصرّف فيكون الخيار ساقطا فيما للفعل ظهور نوعى على التزام المشترى بالبيع و لو لم يكن ذلك من قبيل التصرف فى الحيوان كما فى عرض الحيوان المشترى للبيع. و ظاهر الأصحاب ايضا انّ التصرّف مسقط للخيار بهذا الوجه فإنهم ذكروا انّ كل تصرف يكون اجازة من المشترى يكون فسخا فيما إذا وقع عن البائع، و لو كان التصرف مطلقا مسقطا تعبّديا لما كان وجه للتعدّى إلى تصرّف البائع.

و ما يذكر من كون التصرف مطلقا مسقطا للخيار لأنّ الأصحاب ذكروه فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۵

....

مقابل الإجازة و إسقاط الخيار غير صحيح.

و الوجه الرّابع: هو ان يكون قوله عليه السلام و لا شرط له هو الجزاء و قوله فذلك رضاء منه بيان العلّة له، و لكن المراد بالرضا الشخصى لا النوعى بأن يكون للتصرف المزبور دلالة فعليّة على رضا المتصرف على التزامه بالبيع و إسقاطه الخيار كما يؤيّد ذلك ظاهر رواية عبد اللّه بن الحسن المتقدمة و كون التصرف مسقطا للخيار كذلك، و ان يكون أظهر الاحتمالات، و لكن اعتبار الدلالة بهذا النحو خلاف المتسالم عليه بين الأصحاب فيتعيّن الثالث.

أقول: قد تقدم ان الحدث فى الحيوان مسقط، و لكن التصرف الّذى لا يدخل فى الحدث يكون إسقاط الخيار به مع ظهوره فى الالتزام بالبيع و الإغماض عن حق فسخه، و ان بعض التّصرفات قد حكم بكونها حدثا بنحو التعبد و التنزيل نظير لمس الجارية و تقبيلها و النظر الى ما كان النظر اليه محرّما قبل شرائها و اللّه سبحانه هو العالم).

ثم ان المصنّف (ره) قد ذكر فى المقام إشكالين أحدهما ظهور بعض الكلمات فى كون مطلق التصرف فى الحيوان مسقطا للخيار حتى مثل ركوب الدابة فى طريق ردّها على بائعها مع ان ظاهر النصوص و الفتاوى كون التصرف مسقطا لدلالته على الالتزام بالبيع و ارادة عدم فسخه. و ثانيهما انّه إذا كان غالب التّصرفات فى الحيوان فى ثلاثة أيام يقع مع التردد فى فسخ البيع أو مع الجزم بالفسخ كما فى ركوب الدابّة فى طريق الردّ فكيف يعلّل كون التصرف مسقطا بكونه رضاء بالبيع فإنّه لا يصحّ هذا التعليل إلّا إذا كان غالب

التّصرفات دالا علی ذلک الرّضا، و ممّا ذکر یظهر عدم کون التصرف مسقطا بل العبرة فی السقوط الرضا بالبیع روایة عبد اللّه ابن الحسن حیث لم یتعرّض فیها للتصرف فی ثلاثة أیام و عدمه مع وقوع بعض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۶

[الثالث خیار الشرط]

اشارة

الثالث خیار الشرط (۱).

التّصرف فیها عادة؛ و انّما تعرّض لإسقاط الخیار بالرّضا بالبیع و عدمه.

و أوضح منها صحیحة الحلبی فی رجل اشتری شاة فأمسکها ثلاثة أیام ثم ردّها فقال ان کان فی تلک الثلاثة الأیام یشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، و ان لم یکن لها لبن فلیس علیه شیء فان شرب لبنها مع توقفه علی التصرف فی الحیوان بالحلب لم یحکم بکونه مسقطا للخیار، و الظاهر انّ الردّ فرض قبل تمام الثّلاثة، و الحکم برد ثلاثة أمداد، و ان کان علی خلاف القاعدة و ظاهر بعض الروایات الدالة علی انّ المنافع مدّة الخیار للمشتری، و لذا یحمل علی الاستحباب الّا ان صدرها ظاهرة فی عدم کون التصرف مسقطا للخیار، و ممّا یدلّ علی کون المنافع زمان الخیار لمن انتقل الیه العین موثقة إسحاق بن عمّار الآتیة.

بقی فی المقام أمر و هو ان هل یثبت فی بیع الحیوان مع غیره بصفقة واحدة خیار الحیوان بالإضافة الی بیعه و لو مع الالتزام بعدم ثبوت الخیار فی البیوع الانحلالیة الظّاهر ذلک، غایة الأمر علی تقدیر فسخ بیعه یثبت للبائع خیار تبعّض الصفقة بالإضافة إلی بیع غیره.

و الوجه فی الظهور انّ عدم ثبوت الخیار فی کل واحد من البیوع الانحلالیة باعتبار انّ ظاهر الأدلة ثبوت خیار واحد لمشتری الحیوان و لو ثبت ذلک الخیار فی کل واحد من البیوع الانحلالیّة و لو فیما إذا باع العشرة بصفقة لتعدّد الخیار، و هذا لا یجری فیما إذا کان أحد العوضین حیوانا قد بیع منضمّا الی غیره بصفقة و من هنا یظهر الحال فیما إذا باع حیوانین بصفقة واحدة و ظهر واحد منهما ملک الغیر فإنّه یثبت الخیار بالإضافة إلی بیع المملوک.

(۱) المراد بخیار الشرط الخیار الثابت باشتراطه فی البیع فیکون خیارا شرعیا إمضائیا فی مقابل الخیار الشّرعی التأسیسی، کخیاری المجلس و الحیوان،

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۷

....

و لا خلاف فی صحّة اشتراط الخیار فی البیع سواء کان متّصلا بتمام العقد أو منفصلا عنه، و یستدلّ علی مشروعیّته بالأخبار العامة کقوله علیه السّلام (المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب اللّه و المراد من موافقة کتاب اللّه بقرینة المقابلة عدم مخالفة کتاب اللّه.

و لکن قد نوقش فی هذا الاستدلال بأنّ شرط الخیار فی البیع مخالف لکتاب اللّه حیث انّه ینافی عموم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بل مخالف للسنّة أیضا نظیر قوله علیه السلام (و إذا افترقا وجب البیع فیکون العمدة فی المقام الرّوایات الخاصة الدّالة علی جواز اشتراط الخیار فی بعض أفراد المسألة.

و أجاب النائینی (ره) عن إشکال منافاة شرط الخیار للکتاب و السنة بأنّ وجوب الوفاء بالبیع و نحوه من المعاوضات حقّی لا حکمی،

و إذا كان الجواز أو اللّزوم فى المعاملة حقيا فلا ينافى شرط سقوطه بعضا أو كلا للكتاب الدّال على ذلك الحق أو السنّة الدالة عليه، و الكاشف عن كون لزوم البيع حقيّا لا حكميا دخول الإقالة فيه فان مثل النكاح أو الضّمان لا تقبل الإقالة و البيع و الإجارة تقبلها. و السرّ فى قبول الأخيرين دون الأولين انّ كون البيع أو الإجارة عقدا باعتبار الدّلالة الالتزامية فيهما فإنّه كما ينشأ المتعاقدان المبادلة بين المالين بالمطابقة كذلك يلتزم كلّ منهما لصاحبه بتلك المبادلة بحيث يكون زمام التزام كل منهما بيد صاحبه و إذا كان إمضاء الشارع المعاملة كما أنشأت يصحّ لكل منهما فسخ تلك المعاملة باتّفاق صاحبه و موافقته و لا ينافى ذلك وجوب الوفاء بالعقد فيما إذا كان كونه عقدا و التزاما للآخر باعتبار المدلول الالتزامى كما هو الفرض.

أقول: قد تقدم سابقا انّ لزوم البيع و الإجارة و ان كان حقيّا يسقط باشتراط سقوطه الّا انّ مجرّد مشروعيّة الإقالة لا يكشف عن ذلك فإنّ الإقالة عبارة عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۸

....

فسخ المعاملة باتّفاق الطرفين، و كما انّ للشارع جعل الخيار لأحد المتعاقدين تأسيسا كما فى خيار الحيوان، و لكلّ من المتعاقدين مستقلا، كما فى خيار المجلس كذلك تجويز الفسخ لهما معا، كما هو معنى تجويز الإقالة فى المعاملة، و كما ان القسم الأول أو الثّانى من الخيار لا يدلّ على كون اللزوم حقيّا و الّا لم يثبت هذا الخيار فى النّكاح كذلك القسم الثانى، و من هنا لا يتيسر لنا الالتزام بمشروعيّة الإقالة فى كل معاملة ماليّة. نعم كما ذكرنا اللّزوم فى البيع سواء كان بنحو المعاطاة أو غيرها حقّى، و الدليل عليه الروايات الخاصّة كالواردة فى بيع شرط الخيار حيث لا يحتمل الفرق بينه و بين اشتراط الخيار فى المقام.

نعم. يمكن دعوى ان فسخ المشروط له مع اشتراط الخيار داخل فى الإقالة حيث ان اشتراط الخيار عبارة أخرى عن اشتراط مأذونيّة المشروط له فى فسخ البيع عن قبل صاحبه.

و قد أجاب عن الإشكال بعض الأجلّة (دامت أيامه) بأنه ان كان الشرط فى العقد من توابع العقد و متمّماته فلا يكون شرط الخيار منافيا لا لعنوان العقد و لا لحكمه؛ امّا عدم منافاته لعنوان العقد فواضح لانّ العنوان لا يسلب عن موضوعه و منطبقة، و كذا لا ينافى حكم العقد فان سلب الحكم عن موضوعه أمر غير معقول، و لا- يمكن تعلّق القصد اليه من الملتفت و الاشتراط فى المقام لا يتعلّق بسلب وجوب الوفاء بالعقد عن العقد، بل وجوب الوفاء بالعقد المشروط فيه الخيار مقتضاه ثبوت الخيار؛ و ان كان كل من الشرط و العقد مستقلا فى وجوب الوفاء به فلا يتعلّق بالعقد المشروط فيه الخيار وجوب الوفاء قبل تعلّق وجوب الوفاء بالشرط ليكون الشرط منافيا لحكم العقد بل يتعلّق وجوب الوفاء بكل من العقد و الشرط فى عرض واحد فالشرط يمنع عن تعلّق وجوب الوفاء المطلق بالعقد الخاص و دفع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۹

[لا فرق بين كون زمان الخيار متّصلا بالعقد أو منفصلا]

لا فرق بين كون زمان الخيار متّصلا بالعقد أو منفصلا (۱).

الشرط عن تعلّق وجوب الوفاء المطلق بالعقد غير مخالف للكتاب المجيد، بل يمكن دعوى انصراف وجوب الوفاء بالعقد عن صورة اشتراط الخيار.

أقول: يعتبر فى صحّة الاشتراط فى المعاملات ان لا يكون الشرط بمعنى المشروط منافيا للكتاب المجيد و السنّة أى منافيا للحكم الثابت فيهما على ذلك المشروط أو على العقد الذى وقع الشرط بمعنى الالتزام فى ضمنه سواء قيل بان وجوب الوفاء بهذا الالتزام مستفاد من وجوب الوفاء بالعقد أم انّه حكم مستقل مستفاد مما ورد فى وجوب الوفاء بالشرط و المفروض فى المقام ان اشتراط الخيار ينافى اللزوم الثابت فى الكتاب المجيد على جميع العقود الّتى يدخل فيها البيع المفروض. و بتعبير آخر اشتراط الخيار فى المقام نظير ان يشترط فى البيع ان لا يدخل المبيع فى ملك المشترى الى ستّة أيّام بأن يبيع المال بثمن كذا على ان لا يدخل المبيع فى ملك المشترى الى المدّة فإنّه، كما يحكم ببطلان الشرط المزبور باعتبار كونه منافيا لقوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) كذلك الحال فى اشتراط الخيار بالإضافة إلى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)؛ هذا مع الغمض عمّا ذكرنا من كون لزوم البيع من حين تمامه حقيّا لا ينافى ذلك اشتراط الخيار.

(۱) لا فرق بين شرط الخيار فى البيع بين كونه متّصلا بتمام البيع أو منفصلا عنه لعموم أدلّة الشروط بعد فرض انّ شرط الخيار لا ينافى الكتاب و السنّة لكون لزوم البيع من الحقوق أو استفادة مشروعيّته مما ورد فى بيع الخيار بل يأتى انّ ردّ الثمن فى بيع الخيار شرط لحصول الخيار فيكون الخيار المشروط منفصلا عن تمام البيع مع ما تقدم من انّ الفسخ بشرط الخيار داخل فى الإقالة التى لا فرق فى حصولها بعد العقد بلا فاصلة أو معها، و ممّا ذكر يظهر ضعف ما يقال بعدم مشروعية صيرورة العقد جائزا بعد لزومه و وجه الضعف بعد النقض بخيار التأخير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۰

....

و الرّؤية ما تقدم من الدّليل على مشروعيّة شرط الخيار.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۴، ص: ۱۱۰

و المشهور على اعتبار تعيين المدة فى الخيار المشترط فمع جهالة تلك المدة يبطل البيع و يستدلّ على ذلك بأنّ البيع مع اشتراط الخيار بلا تعيين مدته غرر فيعمّه النهى عن بيع الغرر لانّ الغرر الجهالة التى يتحرّز عنها العقلاء غالبا فى معاملاتهم المبنية على المغابنة و المداقة، و لا عبرة بتسامحهم فى الجهالة فى معاملة مبنيّة على المداقّة فى غالب مواردها و يتحرّزون فيها من تلك الجهالة بخلاف ما إذا تسامحوا بتلك الجهالة غالبا كما فى تفاوت المكائيل فانّ ذلك التسامح يعتبر مع عدم منع الشرع عن ذلك التسامح ايضا و يشهد لاعتبار التعيين فى الشرط ما ورد فى اشتراط تأخير المثمن كما فى بيع السلم، و انّه لا بد من تعيين المدة فيه بالشهور و الأيّام و لا يصح التعيين بالدّياس و الحصاد مع تعارف التعيين بهما عند الجاهلين بالشرع. و فى موثقة غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام (لا بأس بالسلم كيلا معلوما إلى أجل معلوم و لا تسلمه الى دياس و لا الى حصاد).

و الظاهر عدم الفرق بين اشتراط المدة المجهولة فى السلم و بين اشتراط الخيار فى المدة المجهولة فى كون البيع معهما غررا.

و قد يعلّل بطلان شرط الخيار فى المدة المجهولة و انه مخالف للكتاب و السنة لأنّه غرر و لا يخفى ما فيه فإنّه قد يكون الشرط فى المعاملة محكوما بالفساد لفقد ما يعتبر فى الشرط. و فى هذا الفرض يفسد الشرط، و لو قيل بأنّ الشّرط الفاسد مفسد فتتبع المعاملة شرطها فى الفساد و قد يكون الشرط فى المعاملة موجبا لدخول المعاملة فى العناوين الّتى حكم الشرع بفساد تلك المعاملات و لا يحتاج فى هذا القسم إلى إثبات فساد الشرط بل يحتاج إلى إثبات ان المعاملة داخلة فى تلك العناوين، كما فى بيع المكيل مع

اشتراط عدم الکیل أو بیع شیء مع اشتراط تأخیر الثمن إلی مدة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۱

[لا فرق فی بطلان العقد بین ذکر المدة المجهولة]

لا فرق فی بطلان العقد بین ذکر المدة المجهولة (۱).

مجهولة فانّ فی هذا القسم یفسد المعاملة فیلغو الشرط المزبور لان الشرط هو الالتزام فی ضمن معاملة فیصیر الشّرط التزاما ابتدائیا حتی فیما کان الشرط فی المعاملة الفاسدة واجدا للشروط المعتبرة فی نفس الشرط کما إذا باع الکتاب بثمن مجهول مع اشتراط ان یخیط المشتری له ثوبه الفلانی و الأمر فی المقام کذلک فان اشتراط الخیار فی مدة مجهولة یوجب الغرر فی نفس البیع فیفسد البیع هذا لو أرید من قوله (لأنّه غرر) لأنّ البیع غرر.

و لو أرید انّ الشرط غرر بدعوی انّ الغرر فی کل أمر إنشائی و لو کان شرطا یفسده، و إذا فسد الشرط یتبعه البیع الّذی وقع الشرط المزبور فی ضمنه یکون الاستدلال علی بطلان البیع ببطلان شرطه من قبیل الأکل من القفا لما تقدم من کون نفس البیع غرریّا بجهالة شرطه.

لا یقال کیف یدخل البیع مع شرط الخیار فی بیع الغرر مع ان الخیار حکم للبیع التّام و جهالة مدة الخیار لا یوجب غرر البیع، کما فی جهالة مدة المجلس فی خیار المجلس، فإنه یقال هذا فی الخیار الشرعی التأسیسی. و امّا خیار الشرط فهو لیس حکما للبیع الصحیح لأنّه خیار جعلی، و من قبیل الشرط فی المعاملة.

و بتعبیر آخر شرط الخیار فیما إذا أوجب الغرر فی البیع یکون کسائر الشرائط التی یدخل البیع معها فی عنوان بیع الغرر فیکون البیع فاسدا حتّی لو قیل بعدم کون الشرط الفاسد مفسدا، و لکن مع ذلک فیما کانت المدة معلومة بعنوانها فقط کما فی شرط الخیار ما دام حیاة البائع، ففی کون مثل ذلک موجبا للغرر فی البیع تأمل کما یأتی.

(۱) ذکر (ره) بعد البناء علی اعتبار تعیین المدة فی شرط الخیار انّه لا فرق فی بطلان البیع مع عدم تعیین مدّته بین ذکر المدة المجهولة، کما إذا قال بعتک علی أن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۲

....

یکون لی الخیار بقدوم الحاج أو عدم ذکر المدة أصلا کما إذا قال بعتک علی ان یکون لی الخیار أو ذکر المدة بنحو الإطلاق، کما إذا قال بعتک علی أن یکون لی الخیار مدّة. و الوجه فی عدم الفرق اندراج البیع فی الصور الثلاث فی بیع الغرر المحکوم بالبطلان کما مرّ.

و المحکی عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنیة ان مع عدم ذکر المدّة یکون البیع محکوما بالصحّة و الخیار إلی ثلاثة أیام، و لعلهم یرون ذلک ایضا فیما إذا ذکر مدة الخیار مطلقة، و فی الانتصار و الغنیة و الجواهر الإجماع علی ذلک؛ و فی الخلاف وجود أخبار الفرقة، و هذا الکلام من الخلاف بمنزلة نقل اخبار بنحو الإرسال یکون ضعفها منجبرا بحکایة الإجماع، و لعلّه لذلک مال الشهید (قدس) إلیه فی الدروس بخلاف العلامة فی التذکرة حیث لم ینقل التحدید الّا عن الشیخ (قده) و أوّل قوله بوجود أخبار الفرقة بأنّه یرید وجود الاخبار فی شرط الخیار فی بیع الحیوان.

و مع ذلک جزم السید الطباطبائی بالقول المزبور و قواه بعض المعاصرین مؤیدا له بأنّه لیس فی الأدلة ما یدفع القول المزبور حیث بالتحدید شرعا ینتفی الغرر عن البیع فیکون نظیر بیع الحیوان مع الجهل بخیار الحیوان أو مدّته و زاد فی مفتاح الکرامة خروج البیع المشروط فیه الخیار من غیر تعیین المدة عن دلیل النهی عن بیع الغرر بالتخصص لا بالتّخصیص.

و أورد علیه المصنّف (ره) بان التّخصیص غیر صحیح و لو قیل بصحّة البیع المزبور و ثبوت الخیار للمشروط ثلاثة أیّام یکون ذلک بالتخصیص فی خطاب النهی عن بیع الغرر لأنّ المتعلق فیه للنهی هو البیع الذی یکون غرریّا مع قطع النظر عن حکم الشّرع و تعبّده، و إذا لم یقصد المتبایعان ثلاثة أیام لا یخرج البیع عن کونه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۳

....

غرریّا فیکون الخیار إلی ثلاثة أیام تحدیدا شرعیّا للخیار المشروط نظیر ما ورد فی تعیین بعض الوصایا المبهمة أو یکون الخیار بثلاثة أیّام حکما شرعیّا لموضوع خاص من غیر کونه تحدیدا للخیار المشروط بان یستظهر انّ الرّوایة دالّة علی حکم الشارع فی البیع بشرط الخیار من غیر تعیین المدة بثبوت الخیار للمشروط له إلی ثلاثة أیام نظیر ثبوت خیار المجلس فی مطلق البیع و خیار الحیوان فی بیعه.

و لکن الکلام فی الدّلیل علی صحّة البیع المزبور و ثبوت الخیار کذلک فانّ وجود أخبار مرسلة بل مرسل واحد غیر معلوم لأنّه لو کانت فی البین اخبار تعرض الشیخ لکلها أو بعضها فی کتابی الأخبار. و من المحتمل جدا انّ الشیخ (قده) قد استظهر القول المزبور من الأخبار الواردة فی بیع الحیوان، و ان الخیار الثابت فی بیعه ثلاثة أیام شرط أو لم یشرط و الإجماع المنقول لا یکون جابرا لمرسل مجهول العین بل یجبر معلوم العین الظاهر دلالة، أو القاصر دلالته فلا بد من ملاحظة الإجماع المنقول بنفسه و هو ایضا لا یمکن الاعتماد علیه لانّ المجمعین استظهروا القول المزبور من اخبار خیار الحیوان، و ما روی فی کتب العامّة مع ان ملاحظة کلام الجواهر و الغنیة تقضی بأنّهما قد أخذا دعوی الإجماع فی المقام کغالب اجماعاتهما من کلام السید فی الانتصار.

أقول: امّا اعتبار تعیین المدة فی شرط الخیار فقد تقدم انّ العمدة فیه دعوی کون البیع مع عدم تعیینها غرریّا، و لکن یمکن المناقشة فیها بان البیع عبارة عن تملیک عین و نحوها بعوض، و إذا لم یکن الشرط بحیث یوجب الجهالة فی أحد العوضین، کما فی بیع السلم و النسیئة من غیر تعیین المدة، و لا فی التملیک فلا یکون فی البیع غرر و الجهالة فی الخیار أمر راجع الی الجهالة فی إزالة البیع و فسخه بعد حدوثه، و تمامه و لم یحرز کون الجهالة فیه موجبا لدخول البیع فی عنوان الغرر فیؤخذ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۴

....

بعموم حل البیع و المؤمنون عند شروطهم لا سیّما إذا کانت الجهالة فی الخیار باعتبار تعلیقه علی فعل أحد المتعاقدین، کما إذا باع المال بکذا علی ان یکون لکل من ندم و أعطی للآخر المبلغ الفلانی: فی المدة المرسومة الخیار فی فسخها.

و لیس المستند فی صحة المعاملة باشتراط الخیار من غیر تعیین مدّته ما یقال کما عن الایروانی (ره) من انّه لو کانت الجهالة فی مدة الخیار أو فی أصله موجبة لکون البیع غرریّا لبطل جمیع البیوع لجهالة مدة خیار المجلس أو خیار العیب أو الغبن خصوصا بناء علی ان مبدء الخیار فیهما ظهور العیب أو الغبن فانّ هذا النحو من الاستناد غیر صحیح لأنّ المتعلق فی خطاب النهی عن بیع الغرر هو البیع الغرری مع قطع النظر عن حکم الشارع عن ذلک البیع و خیار المجلس حکم شرعی یثبت للبیع التّام و لا یضرّ الجهالة الناشئة من ذلک الحکم.

لا یقال ان ذلک بالإضافة إلی خیار المجلس، و امّا بالإضافة إلی العیب و الغبن فالخیار فیهما شرطی کما یأتی فإنه یقال مع ذلک لا

دلالـة فیما ورد فی ثبوت الخیارین علی ان الجهل بثبوت الخیار أو مـدته لا یوجب الغرر فی البیع لانّ مع العلم بخروج مورد ثبوتها عن الخطاب النهی عن بیع الغرر. امّا بالتخصیص أو بالتخصص لا یمکن التمسک بعموم خطاب النهی عن بیع الغرر، و إثبات کون خروجهما بالتخصّص حتی ینتج ان الجهل بثبوت الخیار کما فی فرض اشتراطه بنحو التعلیق أو بمدته لا یوجب الغرر فی البیع- و الحاصل ان العمدة فی المقام عدم إحراز کون البیع غرریّا باشتراط الخیار فیه بنحو التعلیق أو مع عدم تعیین مدته و لا یبعد ان یقال بما انّ البیع من المعاملات الدارجة عند العقلاء المبتیّة علی المداقة و المعاینة، فلا بدّ أن لا یکون الشرط فیه بنحو لا یکون منشأ المشاجرة و المنازعة بین المتبایعین بعد ذلک فاشتراط الخیار بنحو یکون مدته غیر معین بعنوانه ایضا غیر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۵

....

صحیح، و یمکن ان یستظهر ذلک مما ورد فی اعتبار تعیین المدة فی السلم و غیره من الروایات الواردة فی أبواب مختلفة.

و ذکر النائینی (ره) انه لو اشترط خیار الفسخ إلی الأبد یبطل البیع لا لکون البیع مع الشرط المزبور غرریّا بل لأنّ شرط الخیار إلی الأبد ینافی مقتضی البیع. و فیه ان الشرط المنافی لمقتضی البیع کما یأتی ان لا یمکن تحقق مدلول البیع و إنشائه مع الشرط المزبور، کما فی قوله بعتک المال علی ان لا یکون فی البین ثمن أو أجرتک الدار علی ان لا یکون علیک اجرة، و امّا مع تحقق مدلول البیع فلا ینافی الشرط مدلوله. و انّما ینافی أحکامه فإن کان حکمه الّذی ینافیه الشرط من قبیل الحکم المحض فیبطل الشرط دون أصل البیع، و وجه بطلان الشّرط لکون الشّرط بمعنی المشروط مخالفا للکتاب و السنّة، کما فی قوله بعتک المال علی ان لا یجوز لک التصرف فی المال.

و اما إذا کان ذلک الحکم من قبیل الحقوق کما هو الحال فی لزوم البیع أو کان الشرط بمعنی المشروط الفعل المباح دون الحکم فیصحّ البیع و الشرط، هذا أولا- و ثانیا انّه لو فرض ان لزوم البیع من الأحکام لا من الحقوق فاشتراط الخیار إلی الأبد یکون منافیا للکتاب و السنة فیبطل نفس الشرط دون البیع. و لذا ذکر السید الیزدی (ره) و غیره صحة اشتراط الخیار إلی الأبد و هذا لا یوجب ایضا کون البیع غرریّا.

و امّا إذا اشترط الخیار من غیر ذکر المدة له أو مع ذکر مدة من غیر تعیین فقد تقدم ان البیع المنشأ بنحو یکون معرضا للمشاجرة فیما بعد خارج من خطاب الإمضاء فیحکم ببطلان ذلک البیع، و الحکم بصحته و بثبوت الخیار إلی ثلاثة أیّام غیر ثابت لأنّه لم یحرز انّ الشیخ (قده) أراد بقوله و بذلک أخبار الفرقة غیر الروایات

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۶

[مبدء هذا الخیار من حین العقد]

مبدء هذا الخیار من حین العقد (۱).

الواردة فی خیار الحیوان و شرط الخیار فیه، و هذا هو المراد من مرسل مجهول العین و لو أحرز انّه أراد غیرها لکان المرسل معلوم العین و الإجماع المنقول قد تقدم حاله حیث ان الإجماع لو کان محصلا لم یکن معتبرا لکونه مدرکیّا، فکیف مع النقل و العلم بوجود الخلاف فی المسألة.

و ما روی فی کتب العامة من ان حنان بن منقذ کان یخدع فی البیع لشجّة أصابه فی رأسه فقال له النبی (ص) (إذا بعت فقل لا

خلابة)، و جعل له الخيار ثلاثا؛ و فى رواية (و لك الخيار ثلاثا) ضعيف سندا و دلالة فإن ظاهرها اشتراط خيار الغبن و تحديده بثلاثة أيّام و لم يعهد من أحد تحديد الخيار المزبور بثلاثة و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) مبدء الخيار المشروط فيما إذا أطلق و لم يعيّن له زمان آخر يكون من حين تمام العقد، و ذلك لانصراف الإطلاق اليه و لو عيّن للخيار زمان منفصل عن تمام العقد، كما إذا شرط خيار الغد يكون مبدء الخيار المشروط أول ذلك الزمان، أى طلوع الفجر من الغد. و هذا مبنى على ظهور الغد فى نهاره، و ان مبدء النهار طلوعه.

و امّا بناء على ما هو الصحيح من كون مبدء النهار طلوع الشمس يكون مبدأه من طلوعها، و لو ذكر ان مبدء الخيار المشروط بعد خيار الحيوان فان قلنا بأنّ مبدء خيار الحيوان من حين العقد صحّ الشرط المزبور، و لكن لو قيل بأنّ مبدء خيار الحيوان من حين انتهاء خيار المجلس يحكم ببطلان الشرط بل البيع للجهل بمدّة الخيار المشروط و لو من حيث المبدء.

أقول: هذا مبنى على اعتبار التّعيين فى مدة الخيار المشروط مطلقا. و امّا بناء على ما تقدم لنا من عدم اعتبار التعيين. و انّما المعتبر ان لا يكون الشرط بحيث يوجب المشاجرة و معرضا للمنازعة فيحكم فى الفرض بصحة البيع و الشّرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۷

....

و عن الشيخ (قده) انّه جعل مدة الخيار المشروط انقضاء خيار المجلس حتى فى صورة إطلاق الشرط. و وجهه ما تقدم من عدم إمكان ثبوت الخيارين فى زمان واحد و لا معنى لجعل الخيار فى عقد جائز لولاه. و لذا يكون مبدء خيار الحيوان ايضا عنده انقضاء خيار المجلس، و قد تقدم ضعف ما ذكر، و انّه لا- منع من ثبوت الخيارين فى زمان واحد. نعم فى خيار الشرط خصوصيّة يمكن بملاحظتها الالتزام بجعل مبدأه حين انقضاء خيار المجلس و تلك الخصوصيّة ملاحظة غرض المشروط له فانّ غرضه من شرط الخيار تمكنه على فسخ العقد و مع ثبوت الخيار الآخر يمكن له الفسخ بذلك الخيار الآخر، و لكن هذا مع عدم تمامه يختص بما إذا علم المشروط له بالخيار الآخر. و لو قيل بأنّ خيار الشرط يثبت فى الفرض ايضا بعد انقضاء خيار المجلس يلزم الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

عن النّائينى (قده) انّ الحكم على المتعاقدين على خلاف قصدهما فى مثل المقام لا محذور فيه و لا يمكن جعله وجها لبطلان القول المزبور، فان المحذور ينحصر بما إذا كان فى البين عنوانان انشائيان مستقلان و قصد المتعاقدين أحدهما دون الآخر فيحكم بوجود ما لم يقصد و بعدم المقصود كما إذا باع العين بعوض، كما هو مفاد البيع و يحكم الشارع بعدم تحققه و بتحقق تمليك منفعتها بذلك العوض، كما هو مفاد الإجارة. و امّا إذا كان الأمر الإنشائى المقصود قابلا للتبعيض فى الإمضاء فلا محذور فى إمضاء الشارع بعضه دون بعضه الآخر، كما فى بيع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة حيث يصحّ البيع بالإضافة الى ما يملك ببعض الثمن و لا يصحّ بالإضافة إلى الآخر.

و أورد على ذلك بعض الأعاظم (دامت أيامه) بأنّه لا- يقاس المقام ببيع ما يملك و ما لا يملك فانّ انحلال البيع المنشأ الى البيعين يصحّح التفكيك بينهما فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۸

[يصحّ جعل الخيار لأجنبى]

يصحّ جعل الخيار لأجنبى (۱).

التحقق و عدمه بخلاف الخیار المشروط فإنّه لا ینحل الی المتعدد.

أقول: الظاهر عدم تمام هذا الکلام فانّ التفکیک فی الإمضاء لا یتوقف علی الانحلال بل یجری فی أمر واحد قابل للتبعیض فی الإمضاء ألا تری ان الواهب یقصد ملک المال للمتهب من حین قبوله مع انّ الشارع لم یمض الملکیّهٔ إلّا بعد تحقق القبض، و فی بیع السلم یقصد المتعاقدین الملکیّهٔ من حین تمام الإنشاء مع انّ الشارع لم یمضها الّا بعد حصول قبض الثمن فی المجلس. و الحاصل إذا کان المحکوم بالتحقق امرا إنشائیا له عنوان مستقل غیر العنوان المقصود فتحققه بلا قصد غیر ممکن لکون تحققه بلا قصد خلف. و امّا فی مورد تبعیض المقصود فلا محذور کما فی المقام.

هذا فیما إذا أرید عدم ثبوت خیار الشرط فی زمان خیار المجلس و ثبوته بعده فی بقیهٔ الزمان المعین. و امّا لو أرید أن مبدء الزمان المعین یکون بعد زمان خیار المجلس فیرد علیه انّه حکم علی المتعاقدین بخلاف قصدهما فتدبّر.

(۱) یجوز جعل الخیار فی العقد لأجنبی بأن یکون الجعل المزبور بنحو تولیهٔ أمر ذلک العقد إلیه فإنّ صحهٔ هذا الجعل بمقتضی قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) و تولیهٔ الأجنبی غیر توکیله فان مع التوکیل یکون فسخ الأجنبی أو إمضائه نیابهٔ عن موکله فینفذ فسخ الموکل و إمضائه أیضا، فیما إذا حصل قبل فسخ الوکیل أو إمضائه بخلاف التولیهٔ فانّ لا عبرهٔ مع التولیهٔ بفسخ المتعاقدین أو امضائهما.

و علی ذلک فان کان الخیار المشروط للمتعاقدین، و اختلفا فی الفسخ و الإمضاء یقدم الفسخ لأنّ إمضاء الآخر معناه إسقاط خیاره فقط فینفذ فسخ الآخر، و کذا الحال فی الأجنبیّین فیما إذا شرط لکل منهما الخیار مستقلا. و امّا إذا کان المتعدد وکیلا عن واحد أو شرط الخیار الواحد للمتعدد فینفذ تصرّف السابق امضاء أو

و فی الدروس یجوز اشتراطه (۱).

فسخا.

أقول: هذا إذا کان التوکیل أو شرط الخیار للمتعدد بنحو الواجب الکفائی.

و امّا إذا کان الوکیل أو المشروط له المجموع بما هو المجموع فلا ینفذ تصرّف بعض منهم فسخا أو امضاء بل یحتاج فسخ العقد الی الاتّفاق منهم و الّا بقی العقد بحاله.

و أمّا ما ذکر فی الوسیلهٔ من انّه لو کان لکل من المتعاقدین خیار الفسخ و اتفقا فی الإمضاء أو الفسخ نفذ، و ان اختلفا بطل ای بطل البیع، و إذا کان الخیار لغیرهما فان یرضی بالبیع نفذ و الّا کان المبتاع بالخیار، فلا یمکن المساعدهٔ علیه فإنه، إذا کان الخیار لغیرهما و لم یرض بالبیع فان فسخه کان فسخه نافذا، و ان لم یفسخ کان البیع بحاله، و لا یکون للمبتاع خیار الفسخ أو الإمضاء علی التقدیرین کما لا یخفی.

و عن الایروانی و النائینی (قدس سرهما) انّ المراد ان رضی الأجنبی بشرط الخیار له نفذ ذلک الشرط و لا یکون لمن اشترط الخیار لثالث خیار و الّا بطل ذلک الاشتراط لأنّ النّاس مسلطون علی أنفسهم و یکون لمن اشترط الخیار للثالث الخیار لتخلف شرطه و هو عدم ثبوت الخیار له.

أقول: یرد علیه انّ هذا مبنی علی اعتبار قبول الأجنبی أو شرط الخیار له بنحو التحکیم مع انه علی تقدیرهما یثبت الخیار للشارط لا للمبتاع.

(۱) قال فی الدروس یصح جعل الخیار لثالث منفردا أو مع کل من المتعاقدین أو مع أحدهما و فی فرض انفراد الثالث بالخیار نفذ

فسخه أو إمضائه.

و امّا إذا كـان مع أحـدهما أو كلاهمـا و اختلف الثـالث معهمـا أو مع أحـدهما فى الفسـخ أو الإمضاء يمكن أن يقال بأن العبرة بفعل الثالث و الّا لم يكن لجعل الخيار له فائدة.

و ذكر المصنف (ره) انه يقدم الفاسخ كما هو مقتضى ثبوت الخيار للمتعدد على

ثم انه ربما يتخيّل انّ اشتراط الخيار (۱)

نحو الاستقلال، و إذا كان الصادر عن الثالث امضاء. و عن أحدهما أو كليهما فسخا نفذ الفسخ لأنّ غاية الإمضاء عن الممضى إسقاط خيـار نفسه و جعـل العقـد لازما من قبله، و إذا كان الصادر عن الثالث فسـخا و عن غيره امضاء نفـذ الفسـخ و الّا لم يكن لخيار الثالث معنى.

أقول: انّما يصحّ ذلك فيما لم يكن إمضاء المتعاقدين أو أحدهما إسـقاطا لخيار ذلك الثالث و الّا فالأظهر عدم تأثير فسخ الثالث، لانّ ثبوت الخيار لذلك الثّالث حق لشارط الخيار له فيصحّ للشارط المزبور إسقاطه.

(۱) قـد تقـدم ان لزوم مثـل البيع على المتعاقـدين حقى لا حكمى، و عليه فيمكن لهما جعل الخيار و الإقالـة و جعل الخيار لثالث بنحو التولية أيضا لا ينافى اللزوم الحقى ليقال ان شرط الخيار مناف للكتاب و السنة الدالتين على لزوم البيع. أضف الى ذلك التّسالم الظاهر فى المقام المذكور فى التذكرة و غيرها. نعم لا يبعد أن يكون اشتراط الخيار للأجنبى منصرفا إلى صورة ملاحظة مصلحة الشارط، و الّا فلا ينفذ فسخه، أو إمضائه لعدم ثبوت الخيار له كذلك؛ و ما وقع عن بعض من تعليل عدم نفوذ فسخه أو إمضائه مع عدم ملاحظة مصلحة الشارط بكونه أمينا غير صحيح، بل الصحيح تعليله بعدم الخيار له كذلك.

ثم ان مقتضـى قوله (ص) (المسـلمون عند شـروطهم) ثبوت الخيار للثالث بمجرد اشتراط المتبايعين فى العقد و دعوى اعتبار قبوله لأنّ ثبوت الخيار للثالث بلا قبوله ينافى سلطنة الناس على أنفسهم لا يمكن المساعدة عليها فإنه ليس فى البين عموم يدلّ على سلطنة النّاس على أنفسـهم بحيث يؤخذ به فى المقام بل المتبع فى مواردها الخطابات الأخرى الواردة فى المعاملات و غيرها؛ و على الجملة الشـرط بمعناه المصدرى قائم بالمتعاقدين فلا يتحقق الّا بتراضيهما عند العقد. و امّا ثبوت الخيار

[يجوز لهما اشتراط الاستيمار]

يجوز لهما اشتراط الاستيمار (۱).

[من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه]

من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه (۲).

للثالث فهو شرط بالمعنى المشروط كما لا يخفى.

(۱) يجوز لأحـد المتبايعين أو كلاهما اشتراط الاستيمار مع الأجنبى عن أمر البيع فيأتمر بأمره أو يأتمر بأمر الأجنبى ابتداء. و الظاهر من

اشتراطه هو جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبى بفسخ العقد بعد الاستيمار أو ابتداء فيكون ذلك من قبيل اشتراط الخيار لنفسه معلقا، و قد تقدم انّ ظاهر المصنف و كثير من الأصحاب بطلان البيع باشتراط الخيار معلّقا للغرر. و امّا إذا كان جعل الخيار لنفسه غير معلّق بل المعلّق هو الفسخ بان يكون فسخه بعد أمر الأجنبى به بعد الاستيمار أو ابتداء نظير ما سيجىء فى بيع الخيار من انّ للبائع فيه خيار، و لكن يعتبر ان يكون فسخه برد الثمن أو معه، فان فسخ قبل الاستيمار أو مع أمر المستأمر بالفتح بالإجازة لم ينفذ سواء كان الاستيمار شرطا للخيار أو قيدا للفسخ فان ظاهر اشتراط الاستيمار هو الايتمار بأمره بأحد النحوين.

و لو كان المشروط الاستيمار دون الايتمار بأمره لم يكن له ايضا الفسخ إلّا إذا كان الاستمار أمرا زائدا على اشتراط الخيار و لو أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ إذ غاية أمره بالفسخ ثبوت خيار الفسخ له أو تمكّنه على الفسخ المشروط، و لو وجب عليه الفسخ فلا بدّ من أن يكون فى البين شرط آخر لصاحبه عليه، و هو ان يفسخ البيع مع أمر المستأمر بالفتح؛ و لازم ذلك انّ لصاحبه حق فسخ البيع مع امتناع المستأمر بالكسر عن الفسخ لا مطلقا كما هو ظاهر المصنف (ره) فلا حظ.

(۲) من افراد الخيار ما ينسب البيع اليه، و يقال بيع الخيار، و هذا البيع مشروع عندنا كما فى التذكرة و غيرها، و يقتضيه بعد مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) الروايات الخاصة منها موثقة إسحاق ابن عمّار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۲۲

[توضيح المسألة يتحقق بالكلام فى أمور]

[الأول ان اعتبار ردّ الثمن فى هذا الخيار]

الأول ان اعتبار ردّ الثمن فى هذا الخيار (۱).

قال حدّثنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السلام و سأله رجل و انا عنده فقال رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال أبيعك دارى هذه و تكون لك أحبّ الىّ من أن تكون لغيرك على ان تشترط لى ان أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردّ علىّ فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه قلت فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة فقال الغلّة للمشترى ألا ترى انّه لو احترقت لكانت من ماله.

و رواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرّجل الذى اشترى منه الدار خلطة فشرط انك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال (له شرطه) قال أبو الجارود، فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال ثلاث سنين قال (هو ماله)؛ و قال أبو عبد اللّه (ع) (أ رأيت لو انّ الدّار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشترى).

و صحيحة سعيد بن يسار قال قلت لأبى عبد اللّه انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم و نبيعهم و نربح عليهم للعشرة اثنى عشر و العشرة ثلاثة عشر و نؤخّر ذلك بيننا و بين السنة و نحوها و يكتب الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذه منّا شراء قد باع و قبض الثمن منه فنعده إن هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه ان نردّ عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدّراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء فقال أرى أنّه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه الى غير ذلك. «۱»

(۱) ذكر (قدّس) فى المقام أمورا الأول ان ردّ الثمن فى هذا الخيار يتصور على

---

(۱). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۷ و ۸ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۲۳

....

أنحاء أحدها أن يكون ردّه قيدا للخيار على وجه التعليق بان يكون ردّه شرطا لحصول الخيار للبائع أو على وجه التوقيت بان يكون زمان ردّه زمان حصول الخيار، و نتيجة التعليق و التوقيت واحدة، و لذا ذكر (ره) انّه لا خيار قبل الردّ؛ و المراد بردّ الثمن ليس أخذ المشترى السابق الثمن ثانيا حتّى لا يكون خيار للبائع مع امتناع المشترى عن أخذه بل أن يحصل تمام ما يكون من طرف البائع دخيلا فى أخذه و ان يمتنع المشترى عنه.

أقول: لو تمّ هذا النحو فلا بدّ من رفع اليد فى المقام عمّا تقدم من اعتبار تعيين مدة الخيار من حيث المبدء و المنتهى حيث لو كان ردّ الثمن قيدا لنفس الخيار لكان جوازه تخصيصا فى ذلك الاعتبار فانّ مع كون ردّ الثّمن قيدا لنفس الخيار لا يكون تعيين فى مبدأه.

و قد يقال ان المجعول يمكن أن يكون الخيار المتقيد من غير ان يكون تعليق فيه و لا توقيت بأن يكون القيد للخيار طبيعى ردّ الثمن لا الرّد الخارجى، و يكون للمشروط له الخيار الخاص نظير الخيار تحت السقف ثلاثة أيّام من حين تمام البيع، و لكن لا يخفى انّ هذا ايضا يرجع الى التوقيت لأن تقيد الخيار الّذى أمر إنشائى بأمر خارجى زمانى مرجعه الى اعتبار اجتماعهما فى الزّمان، و الّا لأمكن ان يقال انّه إذا اشترط له الخيار عند قدوم الحاج يكون للمشروط له الخيار الخاص من حين تمام العقد و هو الخيار مع قدوم الحاج.

و بتعبير آخر إذا لم يعين زمان للزمانى فلا يكون للخيار المعتبر معه زمان خاص فيكون زمان الخيار من حيث المبدء مجهولا.

الثّانى: أن يكون قيدا للفسخ بأن يكون الخيار للبائع من حين العقد الى تمام المدة المعيّنة كالسنة أو الأقل أو الأكثر، و لكنّ الفسخ يعتبر وقوعه على نحو خاص

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۲۴

....

و هو ردّ الثمن معه أو قبله، و الفرق بين هذا و النحو السّابق هو الفرق بين الواجب المعلّق و الواجب المشروط، و لكن يبقى فى البين ان الخيار و ان يكون أمرا اعتباريا الّا ان اعتباره يكون لغرض عقلائى لا محالة، و إذا لم يكن فسخ البائع بدون ردّ الثمن موجبا لانفساخ البيع يكون اعتبار الخيار قبل ردّ الثمن لغوا و لا يقاس بالواجب المعلّق حيث انّ حصول الوجوب و إطلاقه قبل حصول قيد الواجب له أثر عملى، و هو لزوم تحصيل مقدمات الواجب و لو قبل حصول ذلك القيد.

اللّهمّ الّا ان يقال انّ اعتبار الخيار لا يكون لغوا حيث يمكن أن يكون الغرض من إطلاقه و عدم تعليقه التمكن على إسقاطه بعد العقد مجانا أو مع العوض.

الثالث: أن يكون ردّ الثّمن بنفسه فسخا فلا يحتاج معه إلى إنشاء الفسخ بنحو آخر بان يكون قصد البائع بردّ الثمن تمليكه للمشترى ليتملّك منه المبيع، و على ذلك حمل فى الرياض ظاهر الأخبار الدّالة على عود المبيع إلى بائعه بمجرد ردّه الثمن.

و لكن لا يخفى انّما يكون ردّ الثمن فسخا فيما إذا قصد بردّه إلغاء البيع السابق و الّا فتمليك المشترى الثمن ليتملك منه المبيع معاملة جديدة تكون الولاية عليها خارجة عن عنوان الخيار، و فسخ العقد؛ و ان كان الثمن المردود غير ما أخذه سابقا يكون الدفع بعنوان الوفاء بالدين الحاصل بإلغاء البيع؛ و ان كان عينه يكون ردّه بعنوان انّه ملك المشترى بإلغاء البيع لا انّه ملكه يحصل بالتّمليك الجديد.

الرابع: أن يكون ردّ الثمن قيدا لانفساخ البيع بأن يحصل الانفساخ مع ردّ الثمن. و قيل يظهر ذلك من رواية معاوية بن ميسرة حيث ذكر السائل فيها الشّرط فى البيع انّ مع مجىء البائع بالثمن الى ثلاث سنين الدّار داره؛ و أجاب عليه السلام بنفوذ الشرط و قد عنون

الغنیة المسألة بهذا العنوان، و لکن یحتمل أن یکون المراد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۵

....

من روایة معاویة بن میسرة کون الرد قیدا للفسخ، کما هو الاحتمال الثالث کما قیل بظهور موثقة إسحاق بن عمّار و صحیحة سعید بن یسار فیه حیث ذکر فی الأولی ان جاء بالثمن ردّ المبیع إلی بائعه؛ و فی الثانیة ان جاء به ردّ الشراء و کل منها کنایة عن فسخ البیع.

و لکن یستشکل فی کون ردّ الثمن قیدا للانفساخ بأنه ان کان ردّه موجبا لانفساخه و ان لم یقصد الرد بردّه فسخه، فهذا و ان کان ممکنا کانفساخ البیع بتلف المبیع قبل القبض الّا ان حصول الانفساخ قهرا بلا قصد و إنشاء یحتاج الی دلیل غیر عموم قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) لأنّ العموم المزبور لا یثبت مشروعیة المشروط و روایة معاویة بن میسرة مع ضعف سندها لم یثبت ظهورها فی مشروعیّة شرط الانفساخ لاحتماله الوجه الثالث کما ذکرنا.

و مع ذلک یمکن أن یقال بأنّه لا بأس بالالتزام بحصول الانفساخ بنفس الاشتراط فان الانفساخ لا یعتبر فیه سبب خاص غایة الأمر یکون المنشأ حال البیع الانفساخ مقارنا لردّ الثمن و یکون الانفساخ فعلیّا بحصول الردّ.

عن النائینی (ره) انه لا یمکن إنشاء الفسخ بالشرط فی البیع معلّقا برد الثمن لان شرط الانفساخ مناف لمقتضی البیع لان مقتضی الشرط نفی البیع و لا یخفی ما فیه فان مقتضی شرط الانفساخ معلّقا بنحو شرط النتیجة نفی البیع بقاء لا نفیه حدوثا لیکون منافیا لمقتضی البیع و بقاء البیع مقتضی إطلاقه و عدم لحوق الفسخ به.

و بتعبیر آخر شرط انفساخ البیع مطلقا، و ان کان باطلا لخروج البیع معه عن مورد اعتبار العقلاء و منصرف دلیل الإمضاء الّا انّ شرط الانفساخ معلّقا لا یکون کذلک.

و الوجه الخامس: أن یکون ردّ الثمن قیدا للإقالة المشروطة بأن یلتزم المشتری

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۶

[الأمر الثّانی الثمن المشروط ردّه]

الأمر الثّانی الثمن المشروط ردّه (۱).

و یحتمل العدم بناء علی انّ اشتراط الرّدّ بمنزلة اشتراط القبض قبله (۲).

للبائع ان یوافقه فی الفسخ إذا جاء بالثمن فی المدة المضروبة، و إذا جاء بالثمن و لم یقبله أجبره الحاکم أو أقال عنه، و ان لم یتمکن من المراجعة إلی الحاکم کذلک یستقل البائع بالفسخ لتخلف شرطه علی المشتری و یحتمل هذا فی موثقة إسحاق ابن عمار، و صحیحة سعید بن یسار بان یکون ردّ المبیع فیهما کنایة عن ملزومه أی الإقالة لا عن فسخ البائع کما فهمه الأصحاب.

(۱) الثمن المشروط ردّه فی الخیار أو فی الفسخ علی ما تقدم، امّا أن یکون کلیّا علی العهدة، و امّا أن یکون معینا و علی کلّ من التقدیرین، امّا أن یقبضه البائع أم لا، فان لم یقبضه یثبت له الخیار، و ینفذ فسخه سواء کان الثمن کلیّا أم معیّنا حیث انّ ردّ الثمن قید للخیار أو الفسخ علی تقدیر قبض البائع، و فی فرض عدم قبضه لا تقیید، و هذا الوجه و ان ذکره المصنف (ره) الّا انه لا یمکن المساعدة علیه فان لازمه الالتزام بثبوت شرطین أحدهما ثبوت الخیار للبائع مطلقا قبل قبض الثمن؛ و الثانی الخیار علی تقدیر ردّ الثمن بعد قبضه مع انّه لا دلالة لقوله بعت مالی بکذا علی ان ترد المبیع ان جئت بالثمن إلی سنة علی تعدّد الشرط.

و لکن یمکن أن یوجّه ثبوت الخیار فی الفرض بوجه آخر و هو ان المتفاهم من الکلام المزبور ان ردّ الثمن لیس بنفسه متعلق الغرض

فی تقییـد الخیار أو الفسـخ؛ بل المتعلق فی ثبوت الخیار أو إنشاء الفسـخ کون الثّمن بیـد المشتری و تحت اختیاره، و لـذا یصـح للبائع الفسخ فی فرض قبض الثّمن لو غصبه المشتری أو سرقهٔ من عنده ثانیا.

(۲) یحتمل أن لا یکون للبائع خیار الفسخ فیما إذا لم یقبض الثمن فان ظاهر قوله

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۷

و ان قبض الثمن المعین فامّا ان یشترط ردّ (۱).

فی الإیجاب بعت مالی بکذا علی ان ترده إن جئت بالثمن إلی سنهٔ هو اشتراط الخیار فی البیع المزبور بحصول قبض الثمن.

أقول: قد تقدم منع هذا الظهور و ان ذکر ردّ الثمن لغرض أن یکون الثمن تحت اختیار المشتری زمان الفسخ کما لا یخفی.

(۱) إذا کان الثمن مقبوضا معینا؛ فامّا ان یشترط فی خیار الفسـخ ردّ ذلک المعین؛ و امّا أن یشترط ما یعمّ ردّ بدله مع عدم إمکان ردّه بتلف لا من البائع أو مطلقا أی مع إتلاف البائع أیضا أو حتّی مع بقاء ذلک المعین؛ و امّا أن یـذکر اشتراط ردّ الثمن من غیر تقییـد بردّ المعین أو تصریح بما یعمّ ردّ البدل فان اشترط ردُّ عینه فلا یکون له خیار مع تلفها بفعل البائع لا مطلقا حیث انّ ظاهر اشتراط ردّ العین کون إتلاف البـائع مسـقطا لخیـاره فلاـ یسـقط فیما إذا کان الإتلاف من غیره، و لکن لا یخفی ما فیه فان ظاهر الاشتراط تقییـد الخیار بصورهٔ ردّها فلا یکون خیار فی غیر الفرض، و کذلک الحال لو کان ردّها قیدا للفسخ أو الانفساخ علی ما مرّ.

و امّا إذا کان الشـرط ردّ ما یعمّ البـدل فلا إشـکال فی الخیار فی فرض عـدم التمکن من ردّ العین فإنه بالفسخ یرجع ذلک المعین إلی المشتری و بما انّه قد تلف فیأخذ بدله.

و امّا إذا کان الشـرط ردّ البـدل و لو مع التمکن علی ردّ المعین ففی الشـرط إشـکال فإن مقتضـی الفسـخ رجوع نفس العین الی ملک المشتری، و مع وجوده لا موجب للانتقال الی البدل.

أقول: لا یخفی ان اشتراط ما یعمّ البـدل حتی مع التمکن علی ردّ العین مرجعه الی توکیل البائع بمعاوضـهٔ ذلک المعین بمثله أو بقیمته کما هو الحال فی اشتراط ردّ ما یعمّ القیمهٔ فی المثلی، و ردّ ما یعمّ المثل فی القیمی و لا یکون التبدیل مع التوکیل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۸

....

مخالفا للکتاب و السـنهٔ و یتصور فی بعض الفروض اشتراط المبادلـهٔ بشـرط النتیجـهٔ أیضا حیث لا اشـکال فیه و المبادلهٔ بین المالین لا یحتاج إلی إیجاب خاص و یحصل بکلّ ما یکون ظاهرا فیها؛ اللّهمّ الّا أن یقال ان شرط التوکیل أو شرط المبادلهٔ بنحو شرط النتیجهٔ لا یفیـد فی المقـام فـإنّه ما دام لم یحصل الفسخ فالثّمن المعین ملک البائع فله التصـرف فیه بما شاء و لا معنی لتبـدیل ماله بمال آخر أو حصول المبادلـهٔ بینهمـا ثم بالفسـخ ینحـل البیع و لـازم ذلـک رجوع نفس الثمن الی ملـک المشتری، و حیث انه غیر تـالف فلا معنی للرجوع الی البـدل و بعـد زوال العقـد یزول الشـرط بزواله سواء کان شـرط التوکیل أو شـرط المبادلـهٔ بنحو شـرط النتیجـهٔ فلا موجب لدخول البدل فی ملک المشتری و دخول البدل فی ملک البائع.

و لکن الصـحیح جواز اشتراط ردّ البـدل حتی بقـاء عین الثمن فـانّ تملیـک البـدل للمشتری لیتملک منه الثمن الأول بنفسه فسـخ للبیع السّ‍ابق، فانّ الفسـخ کما ذکرنا أمر إنشائی یتقوم بالإبراز و إذا اعتبر البائع انحلال البیع السابق فلا یکون هـذا الاعتبار بلا إبراز فسـخا و إذا اعتبر معه ملکیّ‍هٔ البـدل للمشتری بـإزاء الأصـلی یکون إبراز هـذا الاعتبـار بردّ البـدل إبرازا لانحلال البیع ایضا، و لا یعتبر فی صـحّهٔ المبادلـهٔ حصول الفسـخ فی زمان قبل زمان المبادلـهٔ، بل تقـدم الانفساخ علی حصول المبادلـهٔ بین الثمن الأوّل و البـدل فی المرتبهٔ، و المعتبر فی صحّهٔ المبادلهٔ المزبورهٔ کون الثمن الأول ملکا للمشتری، و لو فی زمانها.

و ان شئت توضیح المقام فلا- حظ فسخ ذی الخیار ببیع ما انتقل عنه من شخص ثالث فان البیع من شخص ثالث یتوقف علی کون المبیع ملکا له مع ان الفسخ أی فسخ البیع السّابق، و دخول المبیع فی ملک ذی الخیار یتحقق بنفس البیع من شخص ثالث حیث ان البیع المزبور کما یکون إبرازا لتملیک المبیع من شخص

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۹

[الأمر الثالث حصول الفسخ برد الثمن أو معه]

الأمر الثالث قیل ظاهر الأصحاب (۱).

ثالث کذلک یکون إبرازا لانحلال البیع السابق، فیحصل الانحلال و البیع من شخص ثالث فی زمان واحد و لا دلیل علی بطلان البیع الّا فیما إذا لم یکن المبیع زمان تحقق البیع ملکا لبائعه.

و إذا صحّ ما ذکر یکون اشتراط هذه المبادلهٔ فی البیع صحیحا لأن موطن الشرط أی البیع الثانی لا یکون بعد زمان فسخ البیع لیقال انه لا ینفذ شرط إذا فرض قبله انفساخ المعاملهٔ بل یرجع اشتراط هذه المعاملهٔ إلی تضیّق دائرهٔ الفسخ أو الخیار، و علی ذلک فالمقام من هذا القبیل لانّ مرجع الاشتراط الی اعتبار الفسخ الخاص أی الفسخ بمبادلهٔ الثمن الأوّل الموجود ببدله فانّ هذه المبادلهٔ کالبیع الثّانی فی المثال یتوقف علی انحلال البیع الأوّل بلا فرق بین أن یجعل ردّ الثمن أو بدله مقدمهٔ للفسخ أو قصد الفسخ بالردّ، و المتحصل مما ذکرنا انه یکون ردّ البدل مع وجود المبدل فی اشتراط الفسخ أو الخیار امرا مشروعا فی نفسه فینفذ بالاشتراط فی البیع کما لا یخفی.

و امّا إذا أطلق اشتراط ردّ الثمن فیکون الإطلاق عند المصنف و غیره مقتضیا لردّ ذلک المعین فلا یکون له خیار مع تلفه، و لکن لا یبعد أن یقال القرینهٔ العامهٔ فی بیع الخیار مقتضیهٔ لکون المراد ردّ ما یعم البدل حیث انّ الدّاعی للبائع إلی البیع فی موارد بیع الخیار حاجته الی الثمن و التصرف فیه بصرفه علی حوائجه مفروض، و لعله لذلک ذکر فی الدروس حمل الإطلاق علی ردّ ما یعمّ البدل، و قد تسلّم المصنف (ره) ما ذکر فیما إذا کان الثمن کلیّا و الظاهر عدم الفرق بین الثمن الکلی و الشّخصی من هذه الجههٔ.

(۱) قیل انّ ردّ الثمن أو بدله و ان کان معتبرا فی الخیار فی بیع الخیار الّا انّ ظاهر الأصحاب عدم تحقق الفسخ به بل الرّدّ مقدّمهٔ للفسخ فیعتبر بعده إنشاء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۰

[الأمر الرابع یسقط هذا الخیار بإسقاطه بعد العقد]

یسقط هذا الخیار بإسقاطه بعد العقد (۱).

الفسخ، و لأنّ الرّدّ من حیث انّه فعل لا- یدلّ علی الفسخ، و فیه انّ المعتبر فی الفسخ إظهار حل البیع و الرّضا برجوع المالین الی مالکهما الأصلیین، و مع ظهور الرّدّ فی ذلک فلا- وجه لعدم کونه فسخا و ما یقال من انّ الرّدّ یدلّ علی ارادهٔ الفسخ و الإرادهٔ غیر المراد یعنی إرادهٔ الفسخ غیر تحقّق الفسخ لا- یرجع الی محصل لأنّ الأمر الإنشائی المراد یحصل بفعل أو قول یکون ذلک الفعل أو القول ظاهرا فی إرادهٔ ذلک الأمر و اعتباره، ثم لا یخفی انّ فی کلام المصنف (ره) فی المقام ایضا تسامحا حیث انّ ظهور الفعل فی إرادهٔ التملیک و التملک لا یکون فسخا بل یعتبر فیه دلالهٔ الفعل علی إلغاء البیع السابق علی ما تقدم.

(۱) و حاصله: انّه لو جعل ردّ الثمن قیدا للفسخ بان کان خیار الفسخ ثابتا من حین العقد فیجوز إسقاطه بعد العقد کما هو مقتضی فعلیّهٔ الخیار، و کونه حقا؛ و امّا علی الوجه الأوّل أی جعل ردّ الثمن قیدا لنفس الخیار فیشکل إسقاطه بعد العقد، و قبل الردّ حیث انّ

الخیار، و لو کان حقّا الّا ان إسقاط الحق یتوقف علی فعلیّته و لیس المراد انه لا یمکن إسقاط الحق الّا بعد فعلیّته کما یتوهّم من قولهم من انّ الاسقاط قبل الردّ إسقاط لما لا یجب بل المراد ان مقتضی کون شیء حقّا جواز إسقاطه بعد فعلیّته؛ و امّا إسقاطه قبل ذلک فیحتاج نفوذه الی دلیل کما هو الحال فی شرط سقوط الخیار فی العقد حیث انّ الشرط المزبور إسقاط حق یعمه دلیل المسلمون عند شروطهم، و کذا فی بعض موارد الخیار فی فسخ النکاح حیث دلّت الرّوایة علی جواز إسقاطه قبل فعلیّة ذلک الخیار. و الحاصل ان مقتضی ما صرّح به فی التّذکرة من انّه لا یصحّ إسقاط خیار الشرط و الحیوان بعد العقد بناء علی حدوثهما بعد التفرق کما علیه الشیخ (قده) عدم جواز إسقاط الخیار فی المقام قبل الردّ، و لکن یمکن ان یمنع عن ذلک بأنّه یمکن للعلامة الالتزام بعدم جواز الإسقاط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۱

....

فی خیاری الشرط و الحیوان قبل التفرّق و جواز إسقاط الخیار فی المقام قبل ردّ الثمن، فان الافتراق المعلّق علیه انتهاء الخیارین خارج عن اختیار ذی الخیار حیث یمکن للآخر أن یصحبه فلا یحصل الافتراق بخلاف المقام فان کون البائع مالکا لردّ الثمن الموجب للخیار کاف فی إسقاطه.

أقول: الفرق المزبور علیل فإنّه ربّما لا یکون البائع فی بیع الخیار متمکنا علی ردّ الثمن الی زمان لفقد المال، هذا أولا. و ثانیا: انّه لا یکفی فی إسقاط الخیار کون الموضوع له فی اختیار الشخص و الّا جاز إسقاط الخیار لمشتری الحیوان قبل شرائه، کما إذا کان الاسقاط بعد إیجاب البائع و قبل قبوله بحیث لا یکون القبول مبتیا علی ذلک الاسقاط فإنّه لو کان مبتیا علیه لکان من شرط السقوط فی العقد.

و الصحیح فی الجواب هو القول بجواز الاسقاط بعد العقد فی خیاری الشرط و الحیوان ایضا حتی علی مسلک الشیخ (قده) من حدوثهما بعد التفرق فانّ الخیار المعلّق علی التفرق أو ردّ الثمن ایضا حق عند العقلاء، و انّ إسقاطه قبل حصولهما نظیر إلغاء الوصیّة التملکیة یحسب من رفع الید عن الحق و یشیر الی ذلک قوله علیه السلام فی بعض اخبار الحیوان بکون مثل التقبیل و اللمس رضا بالبیع فإنه مقتضاه سقوط الخیار و لزوم البیع فی کل زمان بالالتزام ببقاء البیع کان ذلک قبل التفرّق أو بعده.

و یسقط هذا الخیار بانقضاء الزّمان المشروط فیه ردّ الثمن و عدم ردّه أو ردّ بدله فی ذلک الزمان علی التفصیل المتقدم و لو تبیّن المردود من غیر جنس الثمن فلا یتحقق الردّ بخلاف ما إذا تبیّن کونه معیبا فإنه یکفی فی الردّ غایة الأمر یکون للمشتری حق الاستبدال، و لکن یمکن أن یقال بعدم الفرق بین الصورتین فی عدم الکفایة و ذلک فإنّه انّما یصحّ الفرق بین غیر الجنس و المعیب، فیما کان المتعلّق شخصا، کما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۲

....

إذا ظهر المقبوض فی السلم ثمنا من غیر الجنس المذکور فی العقد بان باع الحنطة سلما بمأة درهم خارجیّة، ثم ظهر الموجود الخارجی عشرة دنانیر، فانّ ذلک لا یکفی فی بعض الثمن فیحکم ببطلان المعاملة بخلاف ما إذا ظهرت تلک الدّراهم معیبة فإنّه یکفی فی القبض غایة الأمر یکون للبائع خیار الفسخ باعتبار ظهور العیب فی الثمن.

و امّا فی مورد کون المتعلق کلیّا کما إذا کان فی بیع السلم الدّراهم بنحو الکلّیّ علی العهدة و ظهر المدفوع بعنوان أداء الثمن من غیر الجنس أو المعیب فإنّه لا فرق بینهما و مع بقاء المجلس للبائع مطالبة المشتری بالفرد من الثمن أو بالصّحیح، و مع عدم بقائه یحکم ببطلان السلم سواء قلنا بأنّ المراد بالشّیء صحیحة فی المعاملة للانصراف أو للشرط الارتکازی، و بما انّ المفروض فی المقام کون

المشروط ردّه کلیّا فلا فرق بین ظهور المردود من غیر الجنس أو المعیب فی عدم کفایة ذلک فی نفوذ الفسخ. نعم إذا التفت المشتری الی مال المردود و رضی به کفی فی نفوذ فسخ البائع بلا فرق بین الصورتین ایضا.

و لکن الکلام فیما أخذ المردود من غیر التفات الی حاله بحیث لو کان ملتفتا لم یأخذه و ربّما یوجّه الفرق کما عن النّائینی (قده) بأنّ الوصف حق للمشتری فیصحّ له المطالبة به و المعیب المدفوع داخل فی الثمن، و لکن بما انّ دفع الوصف لا یمکن إلّا فی ضمن عین یکون له الاستبدال بخلاف ظهور المدفوع من غیر الجنس فإنّه غیر داخل فی الثمن المشروط ردّه.

و فیه: انّ المدفوع انّما یدخل فی عنوان الثمن فیما إذا رضی المشتری بالمعیب مع الالتفات بحاله کما انّه بالرّضا کذلک یحسب غیر الجنس ایضا ردّا للثمن المشروط ردّه، و لکن الکلام کما ذکرنا فیما إذا لم یلتفت بالحال فتدبّر جیّدا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۳

و یسقط ایضا بالتصرف فی الثّمن المعین (۱).

---

(۱) و یسقط ایضا هذا الخیار بالتصرف فی عین الثمن المشروط ردّه أو التصرف فی الفرد المأخوذ فیما إذا کان مقتضی الاشتراط فی العقد أو کان مقتضی إطلاق اشتراطه ردّ تلک العین أو ردّ ذلک الفرد و یدلّ علی کون التصرف فی الثّمن المزبور موجبا لسقوط الخیار ما ورد فی خیار الحیوان من انّ تصرّف ذی الخیار فی الحیوان المشتری رضی منه بالبیع فلا خیار حیث انّ الروایات و ان وردت فی خیار الحیوان إلّا انّ الأصحاب قد فهموا منها عموم الحکم، و لذا ذکروا سقوط خیار المجلس و الشرط بالتصرف کسقوط خیار الحیوان بتصرف المشتری فیه.

و لکن مع ذلک ذکر المحقق الأردبیلی و صاحب الکفایة عدم سقوط الخیار فی بیع الخیار بتصرف البائع فی الثمن المأخوذ لأنّ الخیار فی بیع الخیار قد جعل للبائع مع فرض تصرفه فیه، و قد أمضی الشّارع البیع المزبور بهذا لنحو و یفصح عن ذلک موثقة إسحاق ابن عمّار المفروضة فیها حاجة المسلم الی بیع داره ببیع الخیار، و من الظّاهر انّ الحاجة الی بیع داره معناها الحاجة الی ثمنها بالتّصرف فیها.

و قد أجاب بحر العلوم (قده) فی مصابیحه عن ذلک بعد الطعن علی القول المزبور بأنّه مخالف لما علیه الأصحاب بما حاصله انّ الالتزام بسقوط الخیار بتصرف ذی الخیار فیما انتقل الیه لا یوجب محذورا فی المقام لانّ التّصرف فی الثمن المأخوذ فی بیع الخیار یکون قبل ردّ الثمن و هو لیس زمان الخیار فلا یکون التصرف فیه فی ذلک الزّمان مسقطا بل المسقط له التّصرف فیه بعد ردّه الی المشتری حیث انّ هذا الزمان زمان فعلیة الخیار فیکون تصرّف البائع فیه مسقطا لخیاره مع انّ ما ذکر من لزوم نقض الغرض فی فرض سقوط الخیار بالتصرف فی الثمن لا یتمّ فیما إذا کان زمان الخیار منفصلا عن العقد کما إذا جعل مدّة الخیار کالیوم الأوّل بعد سنة فانّ التصرف فی الثّمن فی طول السنة لا یوجب سقوط الخیار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۴

....

و ذکر صاحب الجواهر (ره) انّ ما ذکر بحر العلوم (قده) فی مقام الجواب غیر صحیح فانّ ردّ الثمن لیس شرطا لحدوث الخیار و إلّا لزم جهالة مدة الخیار من حیث المبدء، و علی ذلک یکون سقوط الخیار بالتصرف فی الثمن نقضا للغرض من تشریع بیع الخیار، و ایضا یری العرف قبل ردّ الثمن و بعده زمان الخیار و یظهر ذلک عن کثیر من الأصحاب فإنّهم قد ضعفوا ما ذهب الیه الشّیخ (قده) من انّ النقل و الانتقال فی البیع یحصل بانقضاء زمان الخیار بالأخبار الواردة فی المقام الدّالة علی ان غلة الدار للمشتری و وجه الظهور أن غلّة الدار للمشتری باعتبار کون أصل الدار له، و الظاهر انّ هذه الأخبار لا تکون ردّا لما ذهب الیه الشیخ الّا أن یکون کلا من زمان

قبل ردّ الثمن و بعده زمان الخيار ليكون تملك المشترى الغلة فيهما دليلا على بطلان ما ذهب اليه الشيخ (قده).

و ذكر المصنف (ره) انّ كلا- مما ذكره المحقق الأردبيلى، و الجواب عنه بما فى المصابيح؛ و الردّ على الجواب المزبور ضعيف. و حاصل ما ذكره فى الإيراد على كلام الأردبيلى بأنّ التّصرف فى الثمن يكون مسقطا للخيار فيما إذا كان المشروط فى بيع الخيار ردّ عين ذلك الثّمن أو عين ذلك الفرد المأخوذ و الغالب فى بيع الخيار كون الثمن كلّيا، و قد تقدم انّه لا يستفاد من الإطلاق اشتراط ردّ عين الفرد المأخوذ كما هو مورد موثّقة إسحاق بن عمّار أو منصرفها، و مع عدم اشتراط ردّ العين لا يكون فى التّصرف فى العين دلالة على التزام البائع بإبقاء البيع و قد تقدم انّ قوله عليه السلام فذلك رضى منه بالبيع فلا خيار ليس حكما تعبّديّا محضا بل حكم بسقوط الخيار بالتّصرف الخارجى الذى يكون فيه دلالة نوعيّة على الالتزام بإبقاء البيع فيدخل فى المسقط الفعلى و لا يكون التصرف مسقطا فيما إذا علم انّ التصرف لا يكون على هذا الوجه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۵

....

أقول: قد ذكرنا انّه لا فرق بين الثمن الشخصى أو الكلى على العهدة فى انّ مقتضى القرينة العامة ان المشروط فى بيع الخيار ردّ ما يعمّ البدل و مع اشتراط ردّ ما يعم البدل لا- يمكن الالتزام بسقوط الخيار بالتصرف فى عين الثمن أو الفرد المأخوذ سواء كان ذلك التصرف من التّصرفات الناقلة أم من التصرفات الانتفاعية. و امّا إذا كان المشروط تصريحا ردّ عين ذلك الثمن أو الفرد المأخوذ فمع التصرف الناقل فيه لا يبقى للخيار موضوع بخلاف التصرف الانتفاعى فإنّه لا موجب لسقوط الخيار معه فإنّه أيضا لا يوجب سقوط الخيار و لا يستفاد سقوطه مما ورد فى التصرف فى الحيوان المشترى لما تقدم من انّ سقوط الخيار بالإسقاط الفعلى كالقولى، و ان لا يكون أمرا تعبّديّا الّا انّ تطبيق الإسقاط الفعلى على مثل النظر الى ما كان يحرم من الأمة المشتراة أمر تعبدى لا يمكن التعدّى منه الى المقام؛ و ايضا دعوى انّ مورد الموثقة أو منصرفها كون الثمن كليا على العهدة غير ظاهر كما لا يخفى.

و أورد (ره) على ما ذكر فى المصابيح من ان التصرف قبل ردّ الثمن لا يكون تصرفا فى زمان فعلية الخيار ليكون مسقطا بأنّ التصرف مسقط فعلى و إذا فرض صحّة إسقاط الخيار بالقول قبل ردّ الثمن على ما تقدم يكون إسقاطه بالفعل أى التّصرف نافذا و لو مع عدم فعليّة الخيار مع انّ كون ردّ الثمن مبدءا للخيار غير صحيح فانّ ظاهر كلمات الأصحاب كون ردّ الثمن قيدا للفسخ؛ و ان زمان الخيار يعمّ قبل الردّ و بعده و لو لم يكن هذا متعيّنا فلا ينبغى الرّيب فى انّه يمكن جعل الخيار بنحو يكون ردّ الثمن قيدا للفسخ كما يمكن جعله بنحو يكون قيدا للخيار. نعم إذا جعل الخيار منفصلا كاليوم الأول بعد السّنة يجرى فيه الإشكال المتقدم فى انّه يجوز إسقاط الخيار فيه قولا قبل ذلك الزمان أم لا، و لو قيل بعدم جواز الإسقاط قولا فلا يكون التصرف فيه فى الثمن موجبا لسقوط الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۶

....

أقول: لو قلنا بجواز إسقاط الخيار قولا قبل الردّ الثمن و ان جاز قبله إسقاطه فعلا أيضا الّا انّ ذلك لا يوجب كون التّصرف الانتفاعى فى الثمن المشروط ردّه و لو مع عدم قصد إسقاط الخيار موجبا لسقوط الخيار، و ذلك فانّ النص الوارد فى الحيوان الدّال على انّ التصرف الانتفاعى فى الحيوان و لو مع عدم إسقاط الخيار مسقطا مورده ما ذا كان التصرّف المزبور زمان فعلية الخيار، و ان أمكن التّعدى عن هذا المسقط التعبدى فيلتزم بسقوط كل خيار بالتصرف الانتفاعى فيما انتقل اليه زمان الخيار؛ و لا يعمّ ما إذا كان التصرف قبل التصرف قبل ذلك الزّمان.

و امّا دعوى انّ إسقاط الخيار المشروط لا يمكن أن يتحقق بالفعل و ليس الفعل كالقول حيث لا يمكن الإسقاط المزبور بالفعل لانّ

الفعل لا تعليق فيه و لا يمكن كونه مسقطا فعلا لعدم فعليّة الخيار لا يمكن المساعدة عليها لأنّ الإسقاط فعلا أو قولا إبراز لإلغاء الجعل الذى كان بنحو القضيّة الشّرطيّة بلا فرق بينهما.

و أورد على ما ذكره صاحب الجواهر (ره) من أنّه لو كان ردّ الثمن قيدا لنفس الخيار لكان مبدء الخيار مجهولا بأنّ الجهالة فى مبدء الخيار لا تقدح مع تحديد زمان الخيار بعد حدوثه. نعم ذكروا ان جعل مبدء الخيار فى شرط الخيار التفرّق عن مجلس العقد غير جائز فيما كان عند إطلاق الشرط مبدأه تمام العقد؛ و قيل انّ مقتضاه عدم جواز جعل الخيار فى المقام من حين ردّ الثمن إلّا انّ التأمّل يقضى بالفرق بينهما بأنّ التفرق أمر غير اختيارى لذى الخيار، فلا يمكن جعله مبدءا بخلاف ردّ الثّمن فإنّه أمر اختيارى، فيجوز جعله مبدءا.

و أيضا فما ذكره من انّ تضعيف الأصحاب ما ذهب اليه الشيخ (قده) من حصول النقل و الانتقال بعد انقضاء زمان الخيار باخبار الباب يدلّ على انّ ردّ الثمن قيد للفسخ غير صحيح فإنّه يمكن أن يكون ردّ الثمن قيدا للخيار و مع ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۷

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى]

الخامسة: لو تلف المبيع كان من المشترى (۱).

يصحّ تضعيف القول المزبور فإنّه من المحتمل انّهم فهموا من كلام الشيخ ذهابه الى حصول النقل و الانتقال على انقضاء زمان الخيار، و لو كان ذلك الزّمان منفصلا عن العقد فضعفوه باخبار الباب الدالة بعضها على ان غلّة الدار للمشترى.

أقول: قد تقدّم ما فى الفرق بين التفرق و ردّ الثمن بأنّ الأول غير اختيارى، و الثّانى اختيارى، و تقدّم ايضا انّ ظاهر كلامهم اشتراط التعيين فى مدة الخيار من حيث المبدء و المنتهى؛ و المتحصل مما ذكرنا انّ التّصرّف الانتفاعى قبل ردّ الثمن لا يكون مسقطا للخيار أصلا كما انّ التّصرف النّاقل لا يوجب سقوطه فيما ذا كان الشرط ردّ الثمن و لو ببدله كما هو مقتضى القرينة العامّة فى بيع الخيار. و امّا إذا كان المشروط ردّ المأخوذ بعينه فينتفى الخيار بالتّصرف النّاقل لانتفاء موضوع الخيار معه كما لا يخفى.

(۱) لو تلف المبيع بيد المشترى يحسب التلف عليه سواء كان تلفه بعد ردّ الثّمن عليه أو بعده، و يكون له نماء المبيع ايضا سواء قبل ردّ الثمن أو بعده حيث انّ النماء يتبع العين فى الملك. و الظّاهر انّ تلف المبيع بيده لا يوجب سقوط خيار البائع فإنّ الخيار كما تقدم حق لذى الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعوضين غاية الأمر يمتاز بيع الخيار من سائر الخيارات بأنّ من عليه سائر الخيارات يجوز له التّصرف فيما انتقل اليه حتى التصرف الموجب لتلف العين أو خروجه عن ملكه لأنّ المال المزبور ملكه فله التصرف فيه بما شاء و حق الخيار لتعلقه بالعقد لا ينافيه بخلاف هذا الخيار فانّ المشروط فى هذا البيع أمر آخر ايضا و هو اشتراط إبقاء عين المبيع لبائعه فى المدّة المضروبة. و هذا الاشتراط ارتكازى فى هذا البيع يشهد له ظاهر بعض الرّوايات المتقدمة من اشتراط إرجاع عين المبيع بعد ردّ الثمن. و ذكر المصنف (ره) انّه يحتمل ان لا يكون خيار بعد تلف المبيع فى يد المشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۸

....

بأن يكون خيار البائع مشروطا ببقاء المبيع و قال لا منافاة بين كون الخيار مشروطا ببقائه و بين وجوب إبقاء عين المبيع.

أقول: لو كان الخيار حقا متعلقا بعين المبيع لما جاز للمشترى التّصرف فيه فى سائر الخيارات ايضا. و يبطل تصرفه فيه لتعلّق حق البائع به كما انّه لا يجوز للبائع التّصرف النّاقل فى الثمن فيما كان الخيار للمشترى كخيار الحيوان و لا أظنّ الالتزام بذلك كما تقدم فى

تعريف الخيار.

و امّا إذا كان حقّا متعلقا بالعقد كما ذكرنا يكون عدم جواز تصرف المشترى فى المبيع فى بيع الخيار بالإتلاف أو بالنقل شرطا آخر بأن يكون المشروط على المشترى التحفظ بعين المبيع، و لازم ذلك ثبوت الخيار فى الفسخ حتى بعد تلف المبيع ايضا حتّى فيما كان التلف بإتلافه كما هو مقتضى خيار تخلف الشّرط و على ذلك فكيف لا تكون منافاة بين ثبوت الخيار فى صورة بقاء المبيع خاصة و وجوب التحفظ على المشترى بحيث لا يكون فى البين الّا شرط الخيار خاصة.

و عن صاحب الجواهر (قده) انّه جعل تلف المبيع قبل ردّ الثمن مسقطا لخيار البائع. و امّا إذا كان تلفه بعده فلا يسقط الخيار لانّ التلف مضمون على المشترى لأنّه وقع فى زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع الى المشترى بالمثل أو القيمة بخلاف التلف قبل الردّ الثمن فانّ التلف فى هذا الفرض ليس مضمونا على المشترى ليكون للبائع الرجوع الى المشترى بعد الفسخ بالمثل أو القيمة بل المتجه فى التلف فى هذا الفرض سقوط خيار البائع الّا ان يشترط الرجوع عليه عينا أو قيمة مع التلف أيضا.

أقول: هذا التفصيل منه (قده) ينافى ما تقدم منه فى الجواب عن الطباطبائى حيث ذكر فى ذلك الجواب انّ مقتضى العرف و ظاهر الأصحاب، و كذا ظاهر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۹

....

الأخبار كون قبل الردّ الثمن و بعده زمان الخيار، و انّ ردّ الثمن قيد للفسخ خاصة مع انه لا معنى لضمان المشترى المبيع الّا بضمان معاوضى، و هذا الضمان المعاوضى حاصل قبل ردّ الثمن و بعده. و امّا الضمان الآخر أى ضمان اليد فيحصل بعد فسخ البائع لا بعد ردّ الثمن و لا يفترق فى ضمان اليد تلف عين المبيع و عدمه بعد ما ذكرنا من انّ الخيار حق يتعلّق بالعقد لا بعين العوضين هذا كلّه فى تلف المبيع.

و امّا تلف الثمن لا بإتلاف البائع فمقتضى ما ذكروه من انّ التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار فيه ان ينفسخ البيع لو قلنا بأنّ ردّ الثمن قيد للفسخ لا لنفس الخيار، و معنى كون التلف ممن لا خيار له انحلال البيع بالتلف المزبور كما فى قولهم التلف قبل القبض من مال البائع. و امّا إذا قيل بأنّ ردّ الثمن قيد لنفس الخيار يكون تلف الثمن على البائع كما هو مقتضى الضمان المعاوضى الحاصل على الطرفين بالبيع و على ذلك فان كان المشروط فى الخيار فى بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن يسقط خيار البائع بانتفاء موضوعه؛ و ان كان ما يعمّ بدل ذلك الثمن يبقى الخيار بحاله، و كذا لو قلنا بأنّ قولهم التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يختص بتلف المبيع، و لا يعمّ تلف الثمن. و امّا إذا كان تلف الثمن بعد ردّه على المشترى فان قلنا بعموم قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له للثمن فينحلّ البيع بالتلف المزبور فيأخذ البائع عين المبيع فانّ الثمن بعد ردّه على المشترى و قبل التلف، و ان كان ملكا للبائع ما دام لم يحصل الفسخ الّا انّ بالتلف ينحل البيع بناء على عموم القاعدة كما ذكر.

و لكن ذكر النّائينى (ره) انّ القاعدة المزبورة لا تعمّ المقام فان موردها ما إذا كان تلف المال المضمون بيد ذى الخيار حيث انّ مقتضى ما دلّ على انّ التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له امتداد الحكم الثابت قبل القبض المستفاد من قولهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۰

....

التلف قبل القبض من مال بائعه الى ما بعد القبض، و المفروض فى المقام صيرورة الثمن بيد المشترى و خروجه عن يد ذى الخيار فيكون ضمان الثمن على المشترى نظير الضمان المأخوذ بالسوم حيث ان البائع قد دفع الثمن إلى المشترى ليسترد منه المبيع لا مجانا.

نعم إذا تلف الثمن قبل الرد بيد البائع يكون من صغريات تلك القاعدة حتى لو قيل بأنّ ردّ الثمن قيد لنفس الخيار لأن العبرة ليس لنفس زمان الخيار بل بعدم استقرار الملك و كونه فى معرض الزوال كما يشير الى ذلك قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشترى فإنّ هذا الكلام بمنزلة القول بأنّ عدم استقرار الملك يوجب انحلال البيع بتلف المبيع بيد ذى الخيار و مع التّعدّى إلى تلف الثّمن يكون انحلال البيع فى المقام بتلف الثمن بيد البائع المفروض كونه ذا الخيار.

أقول: لم يظهر فى قاعدة ضمان تلف المال على من لا خيار له انّ الضّمان بمعنى انحلال البيع ينحصر بصورة كون التلف فى يد ذى الخيار، و لو قبض المشترى الحيوان ثم استودعه عند بايعه و تلف قبل انقضاء ثلاثة أيّام ينحلّ البيع، و لا أظن أن يلتزم أحدا ببقاء البيع بحاله، و ان المشترى على تقدير فسخ البيع يرجع الى بائعه بالقيمة لكون الحيوان قيميّا و يشهد لعدم اعتبار التلف بيد ذى الخيار إطلاق الرّوايات الواردة فى تلف الحيوان حيث لم يؤخذ فيها التلف بيد ذى الخيار. نعم قد فرض ذلك فى السؤال فى بعضها، و من الظاهر انّ الأخذ فى السؤال لا يوجب تقييد إطلاق الجواب فى غيرها. نعم الروايات كما أشرنا واردة فى خيار الحيوان و التعدّى منه الى سائر المبيع فضلا عن الثمن غير ممكن فيؤخذ بقاعدة الخراج بالضمان المقتضية لذهاب المال عن ملك مالكه غاية الأمر انّ التلف على مالكه المفروض كونه ذا الخيار لا يوجب سقوطه خياره بلا فرق بين كون تلف الثمن فى المقام قبل ردّه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۱

و انما المخالف لها هى قاعدة الخراج بالضمان (۱).

[الأمر السّادس لا إشكال فى القدرة على الفسخ]

الأمر السّادس لا إشكال فى القدرة على الفسخ (۲).

على المشترى أو كان بعده كما لا يخفى.

(۱) قد تقدم عدم شمول قاعدة التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار لتلف الثمن فى المقام و ان عدم الشمول لقصور القاعدة و عدم العموم فى دليلها لا لدلالة رواية معاوية بن ميسرة على اختصاصها بالمبيع كما عن الجواهر فانّ تلك الرّواية دالّة على كون نماء المبيع فى بيع الخيار للمشترى و تلفه ايضا عليه و شىء من الحكمين لا ينافى كون ضمان تلف الثمن ايضا عليه، و المنافى لقاعدة ضمان التلف على غير ذى الخيار قاعدة الخراج بالضمان الجارية فى ناحية الثمن لأنّها تقتضى ذهاب الثمن على البائع و القاعدة أخصّ من قاعدة الخراج بالضمان فعلى تقدير عمومها يرفع اليد بها عن قاعدة الخراج بالضمان كما لا يخفى.

(۲) لو كان المصرّح به فى بيع الخيار ردّ الثمن على نفس المشترى أو وكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، سواء كان اشتراط الرّدّ إلى هؤلاء مطلقا أو مع عدم التمكن على الرّد على السابق يحصل التمكن على الفسخ بالردّ المزبور. و امّا إذا كان المشروط ردّ الثمن على المشترى كما هو المتعارف و اتّفق عدم التمكن على الردّ عليه عقلا لغيبته أو شرعا لحصول الجنون أو السّفه له فهل يكفى فى التمكن على الفسخ ردّ الثمن على الحاكم الشرعى و مع فقده على عدول المؤمنين أم لا يظهر كفاية رده على الحاكم من المحقّق القمى (ره) فى أجوبة مسائله و خالف فيه صاحب المناهل (ره).

و يظهر من صاحب الحدائق قول ثالث و دعوى الاتّفاق عليه و هو عدم لزوم ردّ الثمن على المشترى فى الفسخ مع غيبته بل يكفى معها جعل البائع الثمن امانة عنده حيث انّه نقل أولا قول المشهور بأنّه لا يعتبر فى فسخ ذى الخيار حضور الخصم و انّه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۲

....

لا یعتبر فی الفسخ الاشهاد خلافا لبعض علمائنا؛ و ذکر ثانیا انّ ظاهر الروایهٔ اعتبار حضور المشتری فی الفسخ لیفسخ البائع البیع بعد ردّ الثمن علیه فما ذکروه من جواز فسخ البائع مع عدم حضور المشتری، و جعل الثمن عنده أمانهٔ الی أن یجیء المشتری، و ان کان ظاهرهم الاتفاق علیه، و لکنّه بعید عن مساق اخبار الباب.

و ذکر المصنف (ره) فی الردّ علی صاحب الحدائق بأنه لم یظفر من الأصحاب من تعرّض لفرض غیبهٔ المشتری فی بیع الخیار، و انّه یکفی فی فسخ البائع جعل البائع الثمن امانهٔ عنده فإنّهم، و ان ذکروا عدم اعتبار حضور الخصم فی الفسخ خلافا لبعض العامّهٔ إلّا انّ هذا باعتبار عدم اشتراط الفسخ بحضور المشتری و لا ینافی فی ذلک اعتبار حضوره لردّ الثمن علیه الذی شرط فی نفوذ الفسخ، و کذا اخبار الباب فانّ موردها و ان یکون حضور المشتری لردّ الثمن علیه الّا انّه لا دلالهٔ لها علی اعتبار حضوره فی حصول الفسخ لأنّ الفسخ قد یتأخّر عن ردّ الثمن و لو فرض حصول الفسخ برد الثمن لکان اعتبار حضوره لردّ الثمن علیه لا لاعتباره فی الفسخ.

ثم ذکر (قده) انّ الأقوی فیما لم یصرّح باشتراط الرد علی خصوص المشتری قیام الولی مقامه فی انّ مع الردّ علیه یتمکن البائع علی الفسخ و ذلک فانّ المراد بقرینهٔ الارتکاز فی مقام الاشتراط ردّ الثمن علی المشتری هو ان لا یبقی الثمن بید البائع أو عهدته حین الفسخ بان یدفع الثمن علی من یتعیّن دفع الثمن علیه علی تقدیر عوده الی ملک المشتری، و لذا لو مات المشتری یدفع المال الی وارثه کما أنّه لا خصوصیّهٔ للبائع فی ردّ الثمن بان یکون المراد خصوص البائع، و لذا یدفع وارث البائع الثمن إلی المشتری و یفسخ البیع، و لیس ذلک لإرث الخیار فإنه لو کان الشرط فی الخیار أو الفسخ ردّ خصوص البائع لا یکون المورد من موارد إرث الخیار باعتبار عدم تحقق شرطه إلّا للبائع خاصهٔ، و انّما یورث الخیار فیما لم یکن شرط یخصّ تحقّقه بأحد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۳

و دعوی ان الحاکم انما یتصرف فی مال الغائب (۱).

المتعاقدین و بتعبیر آخر یورث الخیار لا شرطه أو قید الفسخ.

و لکن مع ذلک قد یقال لو کان الشرط الردّ علی المشتری فلا یکفی الدفع الی ولیّه أو وکیله لانّ المفروض ان المذکور فی بیع الخیار الردّ علی المشتری و لیس فی البین ما یدلّ علی التّنزیل بأن یقتضی ما دلّ علی انّ الوکیل أو الولیّ بمنزلهٔ الموکل و المولی علیه بل کون الحاکم الشرعی بمنزلهٔ المولی علیه من المضحکات کما أنّه لیس فی للبین ما دلّ علی ان قبض الوکیل أو الولیّ قبض للمشتری فإنّ ما دلّ علی مشروعیّهٔ التوکیل أو الولایهٔ انّ الفعل الصادر عن الوکیل أو الولی مع کونه فعل الوکیل أو الولی نافذ فی حق الموکل و المولی علیه و لکن المفروض فی بیع الخیار انه قد جعل شرط الخیار أو قید الفسخ فعل المشتری أی ردّ الثمن علیه.

و الحاصل: انّ الأظهر فی مورد لم یکن فیه قرینهٔ علی التعمیم فی الردّ عدم کفایهٔ الردّ علی الوکیل أو الولی فی الفسخ.

أقول: مقتضی ما دلّ علی مشروعیّهٔ الوکالهٔ انتساب الفعل من الوکیل الی الموکل فیکون بیعه بیعا للمالک فیدخل فی قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و طلاقه طلاقا للزوج الموکل حیث انّ الوکالهٔ تنحصر مواردها بموارد انتساب فعل المباشر الی الأمر به ایضا و تکون مشروعیتها بمعنی إمضاء الشارع هذا الانتساب کما لا یخفی.

و امّا الولایهٔ فإنّه یکفی فی ردّ الثمن علی الولی کونه متولیا للأمور الراجعهٔ إلی المولی علیه و من تلک الأمور قبض المال الذی یدخل فی ملکه بالوقف أو الهبهٔ أو الاشتراط أو غیر ذلک، کما یفصح عن ذلک ما ورد فی هبهٔ الأب أو وقفه المال علی ولده الصغار و غیر ذلک فتدبّر.

(۱) قد یشکل فی قبض الحاکم الثمن بأنّ الحاکم انّما یتصرف فی مال الغائب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۴

و مما ذکرنا یظهر جواز الفسخ بردّ الثمن (۱).

علی وجه الحفظ و المصلحة، و هذا غیر متحقق فی قبض الثمن حیث انّ الثمن ملک للبائع قبل أخذ الحاکم و بالأخذ یتمکن علی تملّک المبیع بفسخ البیع و قد لا یکون هذا الفسخ مصلحة للغائب أو سائر القصر فلا یکون ولیا فی قبض الثمن.

و الجواب ان رعایة المصلحة تنحصر بالموارد التی یکون تصرف الولی فیها اختیاریّا أی بإرادة لا ملزم له لتلک الإرادة و الأمر فی قبض الثمن لیس کذلک فان شرط الخیار أو الفسخ لیس قبض المشتری بل تمکین البائع المشتری أو ولیّه أو وکیله المطلق من أخذ الثمن، و هذا یحصل بلا اختیار الولی لأنّه لا یعتبر فی حصول ذلک قبض المشتری أو ولیّه لیقال انّ قبول الولی مشروط بالمصلحة للمولّی علیه.

(۱) و ممّا ذکر أنّه لو لم یتمکّن البائع من ردّ الثمن علی الحاکم الشرعی أیضا لفقده و فقد وکیله یجوز له ردّ الثمن الی عدول المؤمنین لیحفظوه للمشتری حسبة علی ما هو مقتضی ولایتهم علی الغائب أو سائر القصر مع فقد الحاکم و وکیله.

ثم انّه إذا اشتری الأب للطفل بخیار البائع فهل یجوز للبائع الفسخ بردّ الثمن علی الولیّ الآخر للطفل أی الجد مطلقا أو مع عدم تمکنه من الردّ علی الأب أو لا یجوز وجوه: و یجری مثل ذلک ما إذا اشتری الحاکم للمولی علیه بخیار البائع مالا فهل یجوز للبائع فی فسخه البیع المزبور دفع الثمن الی الحاکم الآخر فالأظهر التفصیل فی المقام بین الدفع الی الجد أو الی الحاکم الآخر فإنّه یجوز الدفع الی الجد فی فسخ البیع المزبور أخذا بما دلّ علی ولایة الأب الشامل لأب الأب علی ما تقدم فی بحث الولایة. و امّا الدفع الی الحاکم الآخر فغیر جائز فإنّه لیس للحاکم الآخر ولایة علی الطفل المزبور فان الدلیل علی ولایة الحاکم فی أموال القصر هو دلیل الحسبة و لا یجری ذلک الدلیل بعد وضع الحاکم الأوّل یده علی أمر مال الیتیم؛ و لذا لا یجوز للثانی مزاحمة الأول.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۵

[الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ بردّ الثمن]

إذا أطلق اشتراط الفسخ بردّ الثمن (۱).

و الحاصل: عدم جواز قبض الحاکم الثّانی بالإضافة إلی المعاملة المزبورة بل مطلقا فیما إذا کانت معاملة الحاکم الأول بعنوان التصدّی لأموال الطفل المزبور حیث لا یثبت معه ولایة للحاکم الثّانی بالإضافة الی ما یتعلّق بالمعاملة المزبورة بل مطلقا کما لا یخفی.

(۱) ذکر (قده) فی هذا الأمر ما حاصله انّه إذا کان المشروط فی بیع الخیار ردّ الثمن قیدا للخیار أو للفسخ فلا یکون للبائع فسخ الّا بعد ردّ تمام الثمن عینا أو بدلا، فان ردّ علی المشتری بعض الثمن فلا ینفذ فسخه بل یبقی البیع بحاله و عندئذ لو کان دفع البعض بعنوان الثمنیة یبقی المال المزبور علی ملک البائع، فلا یجوز للمشتری التصرف فی ذلک البعض لکونه ملک البائع، و الظاهر انّه ضامن لانّ المفروض دفعه الیه بعنوان الثّمنیة، فمع عدم تحقق الفسخ یکون یده علیه من ضمان الید و بتعبیر آخر لا فرق بین البیع الفاسد و الفسخ الفاسد فی ثبوت ضمان الید فی کل منهما. و امّا إذا دفع البعض إلی المشتری حتی یفسخ المعاملة باجتماع تمام قدر الثمن عنده یکون الموجود بید المشتری أمانة مالکیة، فلا یکون علیه ضمان الید کما هو مقتضی نفی الضمان عن الأمین.

أقول: إذا فرض فسخ البائع البیع بدفع بعض الثمن و رضا المشتری بالفسخ المزبور لکان ذلک من اقالة البیع فیصحّ للمشتری التصرف فی المدفوع لانه ملکه غایة الأمر یبقی باقی الثمن علی عهدة البائع. و امّا إذا لم یکن ذلک برضاه فلا یکون أخذ ذلک البعض بعنوان الثمنیّة فعلا، و لو یکون ثمنا مستقبلا فیکون المدفوع الیه فعلا مع عدم فسخ البائع أمانة مالکیة لا محالة فلا یکون ضمان المأخوذ علیه.

و امّا إذا کان المشروط فسخ البیع فی المقدار المدفوع من الثّمن حتی یتمّ فسخ تمام البیع و بدفع تمام الثمن تدریجا فی المدة المضروبة ینفسخ البیع بفسخه فی

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۶

....

المقدار المدفوع، و على ذلك فلو لم يدفع بقية الثمن و لم يفسخ البيع فى تمام البيع حتى انقضت المدة المضروبة يكون للمشترى خيار تبعّض الصفقة الذى مرجعه الى تخلّف الشرط، و هل للمشترى الخيار قبل انقضاء المدّة فى فسخ البيع المزبور بدعوى تبعض الصفقة عليه، الظاهر ذلك.

أقول: لم يعلم الوجه فى تحقق خيار تبعّض الصفقة قبل انقضاء المدة فإنّ التبعّض قبل انقضائها مما أقدم عليه المشترى، و انّما اشترط عدم التبعض بعد انقضاء المدة فلا وجه لثبوت الخيار فى حق المشترى قبل انقضائها.

ثم انّه قد يقال ان اشتراط الفسخ فى بعض المبيع مطلقا أو بردّ مقدار يخصّه من الثمن غير صحيح لأنّ الثّابت شرعا جواز اشتراط الخيار فى البيع المنشأ ابتداء. و امّا البيوع الانحلاليّة فاشتراط الخيار فى بعضها أو كلّها على نحو الاستقلال فغير ثابت بل مخالف لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المقتضى للزوم البيع.

و بتعبير آخر لم يثبت كون اللزوم بالإضافة إلى البيوع الانحلاليّة حقيّا، بل ظاهر الكتاب لزوم البيع من جهة المنشأ ابتداء، و من جهة البيوع الانحلاليّة غاية الأمر ثبت كون اللزوم فى المنشأ ابتداء حقيّا. و امّا بالإضافة إلى البيوع الانحلاليّة فيؤخذ بظاهره؛ أضف الى ذلك ما عن بعض الأجلّة (دامت أيّامه) انه لا انحلال للبيع المنشأ ليشترط الخيار فى بعضها.

أقول: قد تقدم سابقا توضيح الانحلال بالإضافة الى الاجزاء الخارجية فيما إذا كان المبيع من بيع الشيئين بصفقة واحدة، و بالإضافة الى الأجزاء المشاعة بالإضافة إلى عين واحدة و كون اللزوم بالإضافة إلى البيوع الانحلالية ايضا حقيا يظهر من ملاحظة ما إذا اشترى الحيوان مع غيره بصفقة واحدة، ثم تلف الحيوان أيام خياره فإنه لا ينبغى الشك فى ثبوت الخيار بالإضافة إلى شراء غير الحيوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۷

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن]

كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ (۱).

[لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]

لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط. (۲)

باعتبار تبعض الصفقة مع انّ هذا من اشتراط الخيار فى البيع الانحلالى؛ فتدبّر جيّدا، و قد ظهر مما ذكر جواز اشتراط الخيار فى فسخ البيع بردّ بعض الثمن معينا أو غير معيّن، و بعد الفسخ يبقى باقى الثمن فى عهدة البائع كل ذلك لكون اللزوم فى البيع حقيّا يجوز معه اشتراط الخيار مطلقا أو مقيدا برد تمام مقدار الثمن أو بعضه و اللّه العالم.

(۱) كما يجوز للبائع اشتراط الخيار فى الفسخ بردّ الثمن كذلك يجوز للمشترى اشتراط الخيار فى فسخ البيع برد المبيع، و يفترق المقام عن اشتراط الخيار للبائع برد الثمن انّ مقتضى إطلاق اشتراط ردّ المبيع اعتبار ردّ عين المبيع، فلا يكفى فى خيار المشترى ردّ البدل و لو مع تلف العين حيث انّ القرينة العامّة المشار إليها سابقا منحصرة بمورد اشتراط الخيار للبائع و لا تجرى فى اشتراط الخيار للمشترى بردّ المبيع، و قد تقدّم ايضا ان مقتضى الفسخ مع بقاء العينين رجوعهما الى مالكهما حتّى لو كان الثمن كليّا، و قد دفع

المشترى الى البـائع فردا بعنوان الوفاء بالثمن فإنه يرجع ذلك الفرد الى ملك المشترى لأنّ بقائه فى ملك البائع بلا وجه؛ و على ذلك فلو اشترط دفع البـدل مع بقاء العين فى ناحيـة الثمن أو المثمن يكون ذلك فى الحقيقـة من اشتراط الفسـخ بالمبادلة بين تلك العين و بـدله و ذكرنا جواز ذلك و انّه لا فرق بين اشتراط دفع البـدل مع بقاء العين و بين ردّ التّالف المثلى بالقيمة أو بالعكس من هذه الجهة فتدبّر جيّدا.

(۲) ذكر (ره) انّه لاـ اشكال و لاـ خلاف فى جواز اشتراط الخيـار فى كـل معاوضـة لازمـة كـالبيع و الإجـارة و الصـلح و المزارعـة و المساقات. قال العلامة فى التذكرة الأقرب دخوله فى كل عقد معاوضة خلافا للجمهور، و مراده العقد اللازم حيث

....

صرّح بعـدم دخوله فى الوكالـة و الجعالة و المضاربة و الوديعة و العارية من العقود الجائزة لأنّه لا معنى لاشتراط الخيار مع جواز العقد دائما.

و الأصل فيما ذكر عموم (المؤمنون عنـد شـروطهم). أقول الظاهر زيادة لفظـة بل فى قوله بل قال فى التـذكرة لأنّ ما ذكره أولا عين ما نقله عن التـذكرة ثم انّه لم يظهر وجه إدخـال الصلح فى المعاوضـة حيث انّ الصـلح هو التراضـى و التّسـالم بشـىء من الطرفين، و قد يكون ذلك الشـىء معاوضـة بين المالين، و قـد يكون امرا آخر، و على كل تقـدير فالصـلح ليس نفس المعاوضة. نعم لا بأس بإدخال المزارعـة و المساقـات فى المعاوضـة حيث يمكن القول بـأنّ تسـليم الأرض إلى الزارع بإزاء حصّـة من حاصـلها معاوضـة بين التسـليم المزبور، و بين تلـك الحصـة بحيث يكون التسـليم مملوكـا للزارع و الحصّـة على تقـدير الزرع مملوكـا لمالـك الأرض كمـا انها فى المساقات معاوضة بين ملك عمل العامل و بين الحصّة من الثّمرة.

ثم انه قـد اشـتهر الاسـتدلال بعـدم جواز اشتراط الخيار فى العقود الجائزة بأنّ اشتراط الخيار فيها لغو محض و لا يقاس باشتراط الخيار فى مورد خيار المجلس أو خيار الحيوان حيث يمكن فيه إسقاط خيار المجلس أو الحيوان أو سقوطه و بقاء الخيار المشترط.

و لكن لاـ يخفى ان الاسـتدلال المزبور يتم فى العقود الجـائزة المطلقـة كالوكالـة و الوديعـة و العاريـة. و امّا العقود الجائزة الّتى ينتهى الجواز الحكمى فيهـا فيمـا بعـد كالهبـة حيث تلزم بتلف العين أو إتلافهـا أو تغييرهـا فلا يكون الاسـتدلال المزبور مقتضيـا لعـدم جواز اشتراط الخيار فيها إلى مدة أو الى الأبد بحيث يكون نتيجة اشتراطه جواز الفسخ و الرجوع حتى بعد تلف العين أو تغييرها. و الحاصـل ظاهر كلمات بعض الأصحاب جواز اشتراط الخيار فى كل عقد لازم سواء كانت معاوضة كالإجارة أو

....

غيرهـا كالصـلح حتى فيمـا كـان لزومه من طرف واحـد، فـانّ مع اللزوم من طرف واحـد لاـ يكون اشتراط الخيـار لـذلك الطرف لغوا بخلاف الجائز من الطرفين أو من طرف واحد فإنّه يصبح اشتراط الخيار من ذلك الطرف لغوا.

و ذكر المحقق و جمع آخر جواز اشتراط الخيار فى كل عقـد غير النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق؛ و الظاهر انّ مرادهم غير الجائز، و لذا ذكر فى التحرير هذا الكلام بعد منعه عن اشتراط الخيار فى العقود الجائزة، و الأصل لهم فى الحكم بجواز الاشتراط عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشـروط و ان عدم الدخول فى عقد لازم يكون لمخرج عن الأصل المزبور، و لذا ذكر الشـهيد فى ردّ قول للشـيخ بعدم دخول خيار الشرط فى بيع الصرف بأنّه لم يعلم وجه المنع بعد عموم دليل جواز الاشتراط.

و كيف كان يقع الكلام فى موردين: الأوّل عدم جواز خيار الشرط فى الإيقاعات. و الثانى جواز اشتراط الخيار فى العقود اللازمة.

امّا الأول فقد يستدلّ على عدم جواز شرط الخيار فى الإيقاعات بعد دعوى عدم الخلاف فيه كما يظهر ذلك من الحلى فى السرائر فى الاستدلال على عدم جواز شرط الخيار فى الطلاق بخروجه عن العقد بأنّ الشرط ما كان بين اثنين كما يظهر ذلك من الأخبار الواردة فى أبواب متفرقة، و لا يتحقق ذلك فى الإيقاعات لقيامها بفعل واحد و هو الموجب و قد ناقش المصنف (ره) فى ذلك بأنّ المستفاد من الاخبار توقف الشرط على المشروط له و المشروط عليه، و فى صحيحة عبد اللّه ابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و لا يتوقف على الإيجاب و القبول، فان الشرط يحصل فى الإيقاعات أيضا كما يفصح عن ذلك ما ذكروا من جواز اشتراط خدمة العبد مدة فى عتقه تمسكا بعموم (المسلمون عند شروطهم) غاية الأمر نفوذ الشرط يتوقف على قبول المشروط عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۰

....

كما قيل فى عتق العبد و اشتراط مال عليه من توقّفه على قبول العبد، و هذا غير اعتبار وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول.

ثم قال فى عدم جريان شرط الخيار فى الإيقاعات وجوها: الأول عدم إحراز عموم الشرط للالتزام أو الإلزام فى ضمن الإيقاع حيث يحتمل ان لا يعمّ معنى الشرط غير ما يكون فى ضمن العقد كما هو ظاهر القاموس حيث ذكر انّ الشرط هو الإلزام و الالتزام فى بيع و نحوه.

الثانى على تقدير شمول معنى الشرط فلا- يحرز شمول قوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم) لشرط الخيار فى الإيقاعات حيث انّ شموله لمورد يتوقف على إحراز مشروعيّة المشروط فى نفسه فى ذلك المورد لانّ خطاب نفوذ الشرط لا يثبت مشروعيّة المشروط بل يثبت نفوذ ما هو المشروع فى نفسه فيما إذا التزم به فى ضمن عقد أو إيقاع كما هو مقتضى قولهم عليهم السلام الّا شرطا حلّل حراما أو حرّم حلالا، و مشروعيّة الفسخ فى نفسه فى الإيقاعات غير محرز.

لا يقال يدلّ على مشروعيّته فيها ما دلّ على جواز رجوع الزوج عن الطلاق الرجعى فى عدّة زوجته، فإنّه يقال الرجوع ليس من فسخ الطلاق بمعنى أن يكون حقّا للزوج، و لذا لا يسقط جوازه بإسقاط الزوج؛ و بتعبير آخر الجواز فى الرجوع فى الطلاق الرجعى كاللزوم فى سائر الإيقاعات من الأحكام لا من الحقوق.

الثالث: الإجماع على عدم جريان شرط الخيار فى الإيقاعات، كما يظهر عن جمع من الأصحاب، و قد يقال كما عن بعض الأعاظم (دامت أيّامه) ان الإيقاع فعل الموقع فقط فلا يكون التزامه أو إلزامه الآخر بشىء فى ضمن الإيقاع بل بعد تحقق ذلك الإيقاع لا محالة مثلا إذا قال مبرء ذمّة الغير أبرأتك، مما عليك و اشترطت على نفسى الخيار شهرا يكون الاشتراط بعد تحقق الإبراء لا فى ضمنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۱

....

بخلاف ما إذا قال بعتك المال على أن يكون لى الخيار شهرا فان شرط الخيار يكون قبل قبول المشترى و يقع معه شرط الخيار فى ضمن البيع.

لا يقال إذا قال أبرأتك و شرطت عليك كذا من دينك يكون من الشرط فى ضمن الإيقاع مع انّ البيع ايضا فعل البائع فقط و القبول من المشترى يعتبر فى نفوذ الإيجاب كالإجازة فى بيع الفضولى فيكون الشرط فيه ايضا بعد البيع.

فإنّه يقال ليس المراد من وقوع الإلزام أو الالتزام فى ضمن الالتزام وقوع الألفاظ فى ضمن الألفاظ الدّالة على الالتزام الأول بل وقوعه قبل تمام الالتزام الأول مع انّ المثال المزبور خارج من الشروط العقلائية، و ايضا لا يثبت الكلية يعنى تحقق الشرط فى الإيقاعات بعد

تمامها.

و امّا قضيّة الشرط فى البيع فإنّ إنشاء البيع، و ان يحصل بالإيجاب فقط الّا انّ القبول معتبر عند العقلاء، فيكون العقد المؤثّر عندهم بالحمل الشائع بعد القبول فيقع الشرط فى ضمن هذا البيع. نعم لو كان الموجب وكيلا عن الطرفين أو وليّا عليهما يكون شرط شىء خارجا عن تحقق البيع و لا محذور فى الالتزام بعدم كون ذلك شرطا حقيقة، و مع الإغماض عن ذلك كلّه، فلا يجوز شرط الخيار فى الإيقاعات، و لو قلنا بجريان الشرط فى الإيقاعات أيضا فإنّ شرط الخيار فيها يتوقف على البقاء الاعتبارى للإيجاب و العقد، و هذا البقاء غير محرز فى الإيقاعات بخلاف العقود من المعاملات و غيرها انتهى.

أقول: كون المراد بالشرط الالتزام الذى يكون البيع و نحوه ظرفا له على ما يستظهر من عبارة القاموس غير صحيح و الّا لكان قوله بعت المال بكذا و آجرت الدار سنة بكذا، و قال الطرف قبلتهما بيعا بشرط الإجارة مع انّه لا ينبغى الرّيب فى فساده بل هما معاملتان مستقلتان قد أنشأ فى زمان واحد، و لذا لو قال الطرف قبلت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۲

....

البيع دون الإجارة لتمّ البيع بخلاف ما إذا قال بعت المال الفلانى على ان تخيط لى الثوب الفلانى بكذا، و قال المشترى اشتريت بلا شرط فإنّه لا يحصل التطابق المعتبر بين الإيجاب و القبول، و كذا لو قال بعتك المتاع بكذا على ان يكون لى سكنى دارك إلى سنة؛ و قال المشترى قبلت البيع لا الشرط.

و الوجه فى ذلك انّ الشرط بمعنى المصدرى و هو الالتزام معلّق عليه فى تمام موارده من المعاملات المعاوضية و غيرها، و لذا قد يصرّح الشارط بذلك التعليق و يقول إنّما أبيعك المتاع بكذا لو التزمت بخياطة ثوبى الفلانى و يقول الآخر قبلت البيع على الشرط. و امّا الشرط بمعنى المشروط فلا يكون معلقا عليه بل لو كان ذلك المشروط من الأمور الإنشائية كاشتراط الخيار فيحصل بالاشتراط المزبور. و امّا إذا كان من الأفعال المعبر عنه بشرط الفعل فالتزام المشروط عليه بذلك الفعل ينفذ فيجب عليه العمل المزبور سواء كان من الأفعال التكوينية كخياطة الثوب أو من الاعتبارات و الإنشاءات، كالبيع و اشتراط الإجارة فيه، و لو لم يفعل ذلك يكون للطرف الخيار فى فسخ أصل المعاملة لكون هذا الخيار ايضا شرطا طوليّا آخر على ما يأتى توضيحه فى بحث الشروط إنشاء اللّه تعالى.

و على ذلك فلا فرق فى الاشتراط بين العقود و الإيقاعات حيث انه كما يكون تعليق إيجاب الموجب على التزام القابل بأمر، أو بالعكس كذلك يمكن تعليق الموجب إيجابه فى الإيقاع، على الالتزام الآخر بأمر كما إذا قال ابرئتك عن دينك على ان تخيط لى هذا الثوب، و يقول الآخر قبلت؛ غاية الأمر يكون القبول فى العقود إنشاء لالتزام الطرف بالإيجاب من جهة نفس الإيجاب و تعليقه، و فى الإيقاعات من جهة تعليقه فقط.

نعم، ربّما لا يكون الشرط فى الإيقاعات شرطا حقيقة فلا يحتاج الى القبول، كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۳

....

فى مثل عتق العبد، و اشتراط الخدمة لمعتقه أو لغيره مدة لأنّ العبد و منافعه ملك لمولاه فيكون اشتراط الخدمة عليه فى الحقيقة بمنزلة استثناء بعض منافعه فى العتق و إبقائها فى ملكه، فلا يجوز للعبد بعد إعتاقه ترك الخدمة فإنّه من تفويت ملك الغير، و لذا ذكر بعض انه لو أعتق العبد و اشترط مالا عليه يحتاج ذلك الى قبول العبد دون شرط الخدمة.

لا يقال على ذلك فلو لم يقبل الطرف الشرط فى الإيقاعات فلا يتحقق الإيقاع على ما هو مقتضى التعليق فإنّه يقال؛ نعم بل يمكن أن

یقال ببطلان الإیقاع علی تقدیر قبول الطرف ایضا حیث انّ التعلیق فی الإیقاعات مبطل لها و لا یقاس بالشرط فی العقود حیث ان الإیجاب فی العقود معلق علی حصول القبول لا محالة فلا یکون فرق بین الاشتراط و عدمه و علی کل تقدیر فلا یکون ذکر الموجب حق الخیار لنفسه فی فسخ الإیقاع داخلا فی عنوان الشرط لأنّ الإیقاع بما هو إیقاع فعل الموجب فقط لیس له طرف حتی یلتزم ذلک الطرف بالحق، و یتحقق معنی الشرط کما انّه لیس الخیار من فعل الغیر لیحتاج الی التزام ذلک الغیر به و یحصل معنی الشرط حیث تقدم ان حقیقة الشرط تعلیق الموجب إیجابه علی التزام الغیر بحق أو ملک، أو عمل لو کان ذلک الغیر طرفا فی نفس التعلیق.

و هذا لا ینافی فی ثبوت الخیار الشرعی فی إیقاع للموجب أو غیره فان الخیار المزبور حکم شرعی، و لا یکون داخلا فی عنوان الشرط کما لا ینافی ثبوت جواز الفسخ الحکمی فی إیقاع للموجب أو غیره. و من هذا القبیل الرجوع فی الطلاق أو انحلال النذر أو الیمین بمنع الوالدین فقد ظهر مما ذکرنا انّ ما تقدم من دعوی عدم اعتبار البقاء فی الإیقاعات أو اعتبار کون الشرط بمعنی المشروط مظروفا و العقد أو الإیقاع ظرفا کل ذلک لا أساس له و یتضح ما ذکر بالتدبر و ملاحظة اعتبار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۴

....

العقلاء فی موارد الشرط فی المعاملات و غیرها حیث لا یفهم العرف فرق بین قوله تزوج فلان بفلانة أو طلّق فلان زوجته فی ان الإنشاء فی کل منهما غیر ملغی، و هذا معنی بقائهما لا انّ الألفاظ الصادرة من الموجب و القابل فی الأول بقصد تحقق الزوجیّة فی النکاح باق، و فی الطلاق زائل فإنّ هذا من المضحکات.

و قد تحصل ممّا تقدم ان الشرط فی الإیقاعات فی الموارد التی یکون المشروط من قبیل فعل الغیر مع التزامه به شرط حقیقة، و لکن شبهه الإجماع علی کون التعلیق فی الإیقاعات مبطلا لها توجب الاقتصار فی الجواز بالموارد التی ورد فیها النصّ علی الجواز. و امّا مثل شرط الخیار فلا یصحّ لعدم تحقق معنی الشرط حقیقة لعدم طرف للإیقاع أو للمشروط لیکون تعلیق الموجب إیجابه علی التزامه محقّقا لمعنی الشرط.

و أمّا ما ذکر المصنف (ره) فی وجه عدم جریان شرط الخیار فی الإیقاعات من انّ شرط الخیار ینفذ فیما کان المشروط أی الفسخ فیه نافذا و مشروعا بنحو الحق، و کذا سائر الشروط انّما تکون نافذة فیما إذا کان نفس المشروط أمر مشروعا فی نفسه کما یستفاد ذلک من ان الاستثناء فی قوله علیه السلام (المسلمون عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما)؛ و من التقیید فی قوله علیه السلام (المسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب اللّه) و الفسخ فی الإیقاعات بعد حصوله غیر مشروع أو لم یثبت مشروعیّته فلا یکون شرط الخیار فیه نافذا، و قد تقدم انّ الرّجوع فی العدة لیس من فسخ الطلاق، و هذا بخلاف العقود فانّ شرط الخیار فیها یتعلّق بأمر مشروع لانّ جواز فسخ العقد یستفاد مما ورد فی مشروعیّة الإقالة و ثبوت خیار المجلس و الحیوان و غیرهما بنحو الحق لا یمکن المساعدة علیه فانّ جواز الإقالة فی عقد، و ان یکون کاشفا عن کون وجوب الوفاء علی کل من الطرفین فی ذلک العقد حقّا لصاحبه علیه، و إذا فسخ أحدهما العقد برضاء صاحبه نفذ و یکون شرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۵

....

الخیار راجعا الی اشتراط المأذونیّة من صاحبه فی الفسخ الّا انّ اشتراط الخیار ینحصر بموارد مشروعیة الإقالة، و لا یعمّ غیرها و ثبوت خیار الحیوان و المجلس و غیرهما فی البیع لا یکشف عن کون وجوب الوفاء بالبیع فی غیر زمان خیار المجلس و الحیوان و غیرهما حقا فضلا عن کشفه عن وجوب الوفاء بغیر البیع عن سائر العقود بنحو الحق لا الحکم و الصحیح انّه لا یمکن إثبات مشروعیّة الخیار

بقوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم) فى الموارد التى لم يثبت ان وجوب الوفاء فيها من قبيل الحقوق.

لا يقال المستثنى من عموم (المؤمنون عن شروطهم) الشرط المخالف لكتاب اللّه و إذا شك فى كون شرط مخالفا له فالأصل يعنى الاستصحاب مقتضاه عدم المخالفة و ايضا قد تقدم انّ جواز الإقالة فى العقد كاشف عن كون وجوب الوفاء فيه حقيا فلا بأس بالأخذ بما دلّ على مشروعيّة الإقالة مطلقا و يلتزم بجواز اشتراط الخيار فى كل عقد.

نعم يرفع اليد عن ذلك فى موارد خاصّة ممّا دلّ الدليل على كون اللزوم فيه حكما أو كان شرط الخيار منافيا لتحقق أصل ذلك العقد و الأول كما فى النكاح و الصدقة و الثانى كما فى الرهن.

فإنه يقال المراد بمخالفة الشرط للكتاب يعمّ مخالفة عمومه و إطلاقه و بما انّ خطاب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) انحلالى و مقتضى إطلاق وجوب الوفاء فى كل عقد إرشادا إلى لزومه و عدم انحلاله عدم تأثير الإقالة و الفسخ فيه فيكون شرط الخيار و فسخ أحدهما منافيا لإطلاق وجوب الوفاء حيث انه لو كان وجوبه حقيا فى عقد لزم تقييد وجوب الوفاء فيه بما دام لم تحصل الإقالة فيه أى فسخ أحدهما برضا الآخر فيكون شرط الخيار فى موارد عدم مشروعية الإقالة شرطا مخالفا للكتاب المجيد.

....

و من الموارد التى لم تشرع فيها الإقالة النكاح حيث ان تشريع الطلاق للفرقة بين الزوجين و جعله بيد الزوج مع ما ورد فى بطلان اختيار المرأة نفسها عند تخيير زوجها و انه لا يحصل به البينونة كاشف عن عدم مشروعيّة الإقالة فى النكاح حيث لو كانت الإقالة مشروعة فيه لكان اختيار المرأة نفسها مع تخيير زوجها كافية فيها، كما لا يخفى؛ و فى موثقة عيص ابن القاسم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال سألته عن رجل خير امرأته فاختارت نفسها بانت منه قال لا هذا شيء كان للرسول (ص) خاصّة أمر بذلك ففعل، و لو اخترن أنفسهن لطلقن و هو قول اللّه عزّ و جلّ قُلْ لِأَزْوٰاجِكَ الآية.

و مثل هذه الموثقة و إن كانت معارضة بما دلّ على حصول البينونة باختيار نفسها الّا أنّها محمولة على التقية لكون حصول البينونة باختيارها من بعض المخالفين.

أضف الى ذلك التسالم على عدم جواز شرط الخيار فى النكاح كما عن جماعة و عدم عموم أو إطلاق فى دليل مشروعية الإقالة بحيث يعمّ النكاح.

و امّا الصدقة و يدخل فيها الوقف فيما إذا قصد به القربة فالمعروف عدم جواز اشتراطه الخيار فيها و ربّما يقال بعدم جواز اشتراط الخيار فى مطلق الوقف لانه فك ملك أو لأنّه ينافى التأييد المأخوذ فى عنوان الوقف؛ و يستدلّ على ذلك بصحيحة إسماعيل ابن الفضل عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء من المال فأنّا أحقّ به ترى ذلك له و قد جعله للّه يكون له فى حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة قال يرجع ميراثا إلى أهله.

أقول: امّا الوقف فالأظهر عدم جواز اشتراط الخيار للواقف حتى فيما إذا لم يكن الوقف بقصد القربة لعدم مشروعيّة الإقالة فى الوقف حيث انه من الإيقاع بل

....

لو كان من العقود، لما جرى فيه شرط الخيار و لو مع عدم قصد القربة فيه لعدم عموم و إطلاق فيما دلّ على مشروعيّة الإقالة بحيث يعمّه. و امّا الرواية فلا ظهور لها فى اشتراط الخيار فى الوقف فإنه من المحتمل جدا أن يكون المراد بالسؤال الوقف إلى غاية عروض

الحاجـة للواقف أو الوقف على نفسه على تقـدير الحاجـة، ثم على السائرين، و يظهر ذلك من صاحب الوسائل أيضا حيث أوردها فى باب عدم جواز الوقف على نفسه و يؤيده أن مدلول الرواية بطلان الوقف بالشرط المزبور لا بطلان الشرط فقط.

و امّا الصدقـة فيمكن أن يقال بعـدم جواز شـرط الخيار فيها أخـذ بما دلّ على انّ التمليك لوجه اللّه لا يرجع فيه سواء كان الرجوع بلا اشتراط الخيار أو معه؛ و فى صـحيحة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السـلام (و لا ينبغى لمن أعطى للّه شيئا أن يرجع فيه). و فى صحيحة محمـد بن مسـلم عن أبى جعفر عليه السـلام و لا يرجع فى الصدقـة إذا ابتغى به وجه اللّه الى غير ذلك و حملها على الرجوع المعهود فى الهبـة، و ان ذلك الرجوع غير مشـروع فى الصدقـة، فلا ينافى فى الرجوع باشتراط الخيار لا يمكن المساعـدة عليه فان إطلاق عـدم الرجوع يعمّ ما إذا كان ذلك الرجوع باشتراط الخيار؛ و يؤيده ما ورد فى النهى عن شراء الصدقة أو استيهابها.

و فى صـحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال (إذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له ان يشتريها و لا يستوهبها و لا يستردّها إلّا فى الميراث). نعم لا بدّ من حمل النهى عن الشـراء و الاستيهاب على الكراهة بقرينة انّ النّهى عنهما باعتبار قطع السبيل الى تملـك المـال المزبور ثانيـا الـذى فيه خضاضـة، و العجب من المصـنف (ره) انه منع أولا عن الأخـذ بالكبرى المزبورة أى ما كان من التمليك للّه فلا يرجع فيه ثم أخذ بها ثانيا، حيث نقل الاستدلال على عدم جواز اشتراط الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۸

....

فى الوقف بكونه فـك ملـك و بـاشتراط القربـة فيه؛ و أجاب بمنع الكبرى فى الصـغريين، و اسـتدلّ فيما بعـد على عـدم جواز اشتراط الخيار فى الصدقة بما دلّ على انّه لا يرجع فيما كان للّه.

و الصحيح منع الصغرى و الكبرى فى الأول حيث انّ الوقف مطلقا ليس بفك ملك كما تقدم فى بحث عدم جواز بيع الوقف ان أريد بالفـك تحرير العين، و ان أريـد به فـكّ ملـك نفسه فجميع المعاملات التمليكيـة فـك ثم لا دليل على عـدم جواز الرجوع فى مطلق موارد الفك.

و منع الصغرى فى الثانى لأنّ الوقف لا يعتبر فيه قصد التقرب و مع القصد يدخل فى عنوان الصدقة كما لا يخفى.

و من موارد الخلاـف جواز اشتراط الخيـار فى الصـلح فـان بعض الأصـحاب ذكروا انّه إذا تعلّق بإبراء الـدين، أو إسـقاط الـدعوى قبل ثبوتها فلا يـدخل فيه شـرط الخيار، و ان تعلق بالمبادلة و المعاوضة جاز فيه شـرط الخيار، و لكن يظهر جواز شـرط الخيار فيه بناء على جواز الإقالـة فيه، و كونه من العقود، و قـد تقـدم ان عود الـدين إلى الذمّة بعد سـقوطه أو عود حق الدعوى بعد سـقوطها باعتبار كون العود اعتباريـا أمر ممكن، كمـا فى فرض بيع الشـىء بمـا عليه من الـدين و التفرقـة بينهمـا بـأنّه فرق بين تضـمن العقـد الإيقاع كما فى موردى الصـلح، و بين كون الإيقاع من فوائـد عقـد و نتايجه كما فى بيع الشـىء بما عليه من الـدين لا يمكن المساعدة عليه لأنّ العود بمعنـاه الخـارجى غير مراد فى الفرضـين و الاعتبـارى المطلوب فى المقـام جار فيهما بعـد ما ذكرنا من بقاء الإيقاع كالعقـد فى قابليّته، للإلغاء.

و بهذا يظهر الحال فى الضمان فان مجرد كون مفاد العقد انتقال الدين عن ذمّة إلى ذمّة أخرى لا يمنع عن دخول الإقالة فيه، و لو كان فى دليل مشروعيّة الإقالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۹

ذكر فى التّذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط فى القسمة (۱).

إطلاق أو عموم يعمّ عقد الضمان فلا بأس باشتراط الخيار فيه.

و امّا عقد الرّهن فقد يقال بان اشتراط الخيار فيه للراهن غير صحيح، لأنّه مناف لمقتضى الرهن و هو كون المال المفروض أنه للراهن وثيقة لما عليه من الدين كما انّه لا- معنى لاشتراط الخيار فيه للمرتهن لجواز الرهن من قبله، و ايضا يقال ان ما ذكر من انّ كلّ عقد يدخل فيه الإقالة يدخل فيه شرط الخيار منتقض بالرهن حيث انّه يدخل فيه الإقالة و لا يدخل فيه شرط الخيار، و هذا نقض على الكبرى المزبورة.

أقول: شرط الخيار لا- ينافى مقتضى الرهن لانه لا- يعتبر فيه إلّا ان يجعل للدين موردا للاستيفاء. و امّا كون المرتهن على ثقة من الاستيفاء بمعنى الوصف فلا يعتبر بل هو وصف حقيقى يترتب على الرهن غالبا، و يعبّر عن الرّهن بذلك الوصف المترتب عليه؛ و لذا يصحّ جعل الحيوان المريض مع احتمال تلفه رهنا؛ و الحاصل جعل المورد لاستيفاء الدين المعبر فيه بالوثيقة أمر إنشائى يتحقق مع شرط الخيار أيضا، لأنّ المال مورد له على تقدير بقاء الرهن ثم على تقدير الإغماض فاشتراط الخيار فيه مشروطا بحصول رهن آخر لا ينافى الوثوق.

ثم انه لا- مورد فى الرهن للإقالة أيضا فإن مع ندم المرتهن على الرهن يفسخه لجواز الرهن، و كذا مع ندامة الراهن ايضا حيث انّ المرتهن يفسخ الرهن استقلالا و لو استجابة للراهن و ما دلّ على مشروعيّة الإقالة موردها ما إذا لم يتمكن كل من طرفى العقد على فسخه الّا اجتماعا و لو لم يكن هذا ظاهر الإقالة: لا أقل من احتماله و معه لا يمكن الأخذ فى الرهن بما دلّ على مشروعيّة الإقالة. نعم التمكن على فسخ العقد فى بعض الحالات و الأزمان لا يمنع عن الإقالة فيه على ما تقدم.

(۱) القسمة تعيين الحصة فى بعض المال المشترك بحيث يتميّز تلك الحصة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۰

و ذكر فيهما ايضا دخول الخيار فى الصداق (۱).

عن حصّة صاحبه خارجا و لا يخفى انّ هذا التعيين يحصل بالفعل تارة، كما إذا عدّل السهام أوّلا، سواء كان فى التعديل ردّ أم لا، ثم عين لكل من الشركاء سهمه فى السهام بالقرعة على ما هو المذكور فى كتاب القسمة، و قد يكون تعيين كل من السّهام و تمييزه خارجا بالقول كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندى.

و لو كان شرط الخيار فى القسم الثّانى كان بلا اشكال، و لو مع الالتزام بكون القسمة سواء كانت قسمة إفراز أو تعديل أو ردّ، ليس من البيع و لا الصلح لكون المنشأ فيها هو التمييز المزبور، و الوجه فى عدم الإشكال دخول الإقالة فيها. و امّا إذا كانت بالفعل كما فى الفرض الأول فاشتراط الخيار فيه مشكل بناء على اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد و القسمة فى الفرض الأول باعتبار كونها بالقرعة و هى سنخ الفعل لا ترتبط بما ذكر قبلا ليكون نتيجة القرعة خياريا.

و مما ذكر يظهر الإشكال فى جريان شرط الخيار فى المعاطاة بناء على لزومها من أوّل الأمر أو بعد حدوث أحد الملزمات، و لكن قد تقدم الصحيح عدم اعتبار ذلك فى شرط شىء فى المعاملة سواء كانت قولية أو فعليّة؛ و انّما المعتبر كون المعاملة مبنية بالالتزام بذلك الشىء و هذا البناء كما يحصل بذكره فى المعاملة كذلك يحصل بالتبانى عليه خارجا و إنشاء العقد مبنيا على ذلك التبانى قولا أو فعلا.

(۱) الصداق فى النكاح هو المال أو الحق يجعل للزوجة لكون هذا الجعل من رسوم النكاح عرفا و شرعا سواء كان هذا فى عقد النكاح أو بعده بالتراضى عليه، و ليس عوضا عن بضع المرأة، لأنّ النكاح ليست بمعاوضة فيهما كما لا يكون شرطا فى النكاح كسائر الشروط فى المعاملات بحيث يوجب تخلفه الخيار فى النكاح، كما إذا ظهر المهر ملكا للغير بل هو نوع تعويض للزوجة فى نكاحها تملكه الزوجة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۱

....

بالفرض فی عقد النکاح أو بعده أو بالدخول مع عدم فرضه فیه و عدم التراضی به بعده، و ذکر فی التذکرة و المبسوط دخول خیار الشرط فی الصداق، و ذکر المصنف (ره) فی وجهه لانّ الصداق یقبل الفسخ، کما لو زوجها ولیّها بدون مهر المثل فإنه یکون لها مهر المثل، و لکن لا یخفی ما فیه فإنّه قد ذکر جملة من الأصحاب انّ الولی لو زوّجها بدون مهر المثل کان لها مهر المثل، و هذا باعتبار فضولیة المهر لا قبوله الفسخ بعد صحّته، فانّ نفوذ فعل الولی فی المهر کالنکاح مشروط بعدم کونه علی خلاف صلاح المولی علیه، کما یشهد لذلک مثل موثقة عبید بن زرارة قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام الجاریة یرید أبوها أن یزوجها من رجل، و یرید جدّها أن یزوّجها من رجل آخر، فقال الجدّ أولی بذلک ما لم یکن مضارا ان لم یکن الأب زوّجها قبله و یجوز علیها تزویج الأب و الجدّ.
و قد یقال ان الاشتراط بعدم الفساد بالإضافة إلی نفس النکاح. و امّا بالإضافة إلی المهر فلا، لأنّ نفوذ عفو الولی عن المهر، کما یفصح عن ذلک قوله سبحانه (أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَةُ النِّکاحِ) یقتضی ذلک الّا ان یقال عفو الولی أیضا مشروط بذلک أخذا بظهور الولی حیث انّ ظاهر الولایة ملاحظة صلاح المولی علیه، و لا أقل من عدم الإفساد و للکلام محل آخر.
و ربّما یستدلّ علی مشروعیّة الفسخ فی الصداق بما ورد فی نکاح المرأة علی انّها بکر فظهرت ثیّبا، و فیه انّ ظاهر الصحیحة الواردة فی المسألة ثبوت الأرش لا ثبوت الخیار، و کیف ما کان فان ثبت إطلاق أو عموم فی دلیل مشروعیّة الإقالة بحیث تعمّ الصداق فلا بأس باشتراط الخیار فیه، و الّا فمشروعیّة الخیار لا یمکن إثباتها بعموم (المسلمون عند شروطهم) کما تقدم؛ و ما ورد فی مشروعیّة الإقالة بعضه یختص بالبیع و لا یعمّ غیره و العمدة روایة سماعة بن مهران عن أبی عبد اللّه علیه السلام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۲

[الرابع خیار الغبن]

اشارة

و أصله الخدیعة (۱).

قال (أربعة ینظر اللّه عزّ و جلّ إلیهم من أقال نادما أو أغاث لهفان أو أعتق نسمة أو زوّج عزبا). و ظاهر الإقالة نقض البیع و نحوه بموافقة الطرف الآخر، و هذه الرّوایة، و ان کان ظهورها فی مشروعیة الإقالة فی کل عقد لا بأس به الّا انّ فس سندها ضعف لانّ الصدوق رواه عن حمزة بن محمد العلوی، و لم یعرف منه الّا کونه من مشایخ الصدوق (ره)، و لا یبعد أن یقال بمشروعیة الإقالة فی کل معاوضة مالیة أو عقد تتضمن المعاوضة المالیة لثبوت السیرة العقلائیة فیها من المتدینین و غیرها، و لم یرد من الشارع المنع عنه بل ورد النقل فی الترغیب فیها کما ذکر؛ و امّا غیر تلک المعاملة من العقود کانت متضمنة للإیقاع أم لا، فلا دلیل علیها. نعم لو أمکن اعادة الحالة الأولیّة بالمعاملة الجدیدة فالمعاملة الجدیدة لیست اقالة کما لا یخفی، و لکن تعود الحالة الأولی بتلک المعاملة.
(۱) الغبن فی اللغة الخدیعة قال فی الصحاح إذا کانت الخدعة فی معاملة یستعمل فیه بتسکین العین، و إذا کانت فی القول و الاعتقاد یستعمل بتحریک العین، و فی اصطلاح الفقهاء یطلق علی تملیک ماله بما یزید علی قیمته مع جهل الآخر بالحال، بلا فرق بین کون التملیک ابتدائیا، کما إذا باع ماله بأکثر من ثمنه أو تبعیّا، کما إذا اشتری المبیع بأقلّ من قیمته، و یسمّی المملک بالکسر غابنا و الآخر مغبونا، و ربما لا- یکون فی التملیک المزبور خدیعة کما إذا کانا جاهلین بالحال، و لکن حیث یکون غالبا علی وجه الخدیعة یطلق

على التمليك المزبور غبنا مطلقا؛ و الظاهر انّ الجهل بالحال معتبر فى صدق الغبن، و لو كان المشترى عالما بالحال، و مع ذلك اشترى المال بالزيادة على ثمنه لبعض الدواعى فلا يطلق على شرائه انّه غبن.

و امّا كون الزّيادة على قيمته بما لا يتسامح فيه فهى شرط خارجى بمعنى انّه معتبر فى ثبوت خيار الغبن مع صدقه بدونه ايضا، كما إذا كانت الزيادة ممّا يتسامح فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۳

....

ثم انّ ثبوت الخيار مع شرط الجهل بالحال و كون الزيادة مما لا يتسامح فيه مشهور بين الأصحاب قديما و حديثا، و ان نقل إنكاره عن المحقق فى درسه و عن بعض آخر السكوت عنه، و لكن عدم التعرض لهذا الخيار لا يدلّ على منعه. نعم حكى عن الإسكافى منعه.

و كيف ما كان فقد يستدلّ بما فى التذكرة بأنّه مقتضى عدم كون البيع المزبور تجارة عن تراض فإنّ التراضى من المشترى مثلا بشراء المبيع مبنىّ على عدم كون ثمنه السوقيّة بأقلّ من الثمن المسمّى بكثير؛ و بتعبير آخر كون المبيع مساويا قيمته السوقيّة مع الثمن المزبور وصف معتبر فى المبيع، و حيث انّ هذا الوصف كسائر الأوصاف غير المقومة فيكون فقده موجبا لثبوت الخيار لا بطلان البيع فانّ ثبوت الخيار باعتبار انّ لزوم البيع المزبور إلزام عليه بما لم يلتزم و لم يرض به. و قد ناقش المصنف (ره) فى هذا الوجه بأنّ كون قيمة المبيع مساوية للثمن المسمّى قد يكون داعيا الى الشراء لا أنّه وصف معتبر فى المبيع بل لو كان وصفا معتبرا فيه فلا اعتبار به لعدم ذكره فى عقد البيع، و قد تقدم اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد و الّا فلا- يلزم بل ربّما لا يكون داعيا ايضا، كما إذا كان المشترى بحاجة إلى المبيع فيقدم على شرائه بأىّ نحو.

و الأولى الاستدلال عليه بدخول البيع المزبور فى أكل المال بالباطل فيما إذا اطّلع المشترى بالحال و لم يرض به فإنه بعد الإطلاق و الرضا يتم البيع لفحوى ما دلّ على تمام بيع الفضولى، و بيع المكره بلحوق الرّضا بهما. و امّا قبل الاطلاع بالحال فالبيع المزبور، و ان كان داخلا- فى أكل المال بالباطل الّا انّه يحكم بالخروج عن الآية بالإجماع، و لكن الاستدلال بالآية على البطلان فى صورة اطلاع المغبون بالحال و ردّه البيع المزبور معارض لقوله سبحانه (إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) بتقريب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۴

....

انّ البيع المزبور لم يشترط فيه الوصف بل وقع التراضى ببيع المال بالثمن المزبور، و مع التعارض يرجع الى أصالة اللزوم.

بل يمكن تقريب المعارضة بوجه آخر و هو انّ بيع المال بأكثر من ثمنه مع عدم الخدعة فى البين داخل فى التجارة عن تراض فينتفى الخيار مع الخدعة أيضا لعدم القول بالفصل، كما انّ البيع المزبور مع الخدعة داخل فى عنوان الأكل بالباطل فيلحق به صورة عدم الخدعة لعدم القول بالفصل، و بعد التعارض من الجانبين يرجع الى أصالة اللزوم.

أقول: فى كلامه موارد للنظر منها انّ المهم فى المقام إثبات الخيار للمغبون بالإضافة إلى المعاملة الغبنيّة كسائر الخيارات التى تكون عبارة عن ملك فسخ العقد و إلزامه بإسقاط الخيار، و هذا غير لحوق الرضا بالبيع فى موردى الفضولية و الإكراه، فإنّ اعتبار لحوقه فيهما شرط شرعى لتمام المعاملة، و لو استفيد حكم البيع فى المقام بعد العلم بالغبن و الرضا به من فحوى أدلّة بيع الفضولى و المكره عليه لكان اشتراط الرضا فى المقام كاشتراطه فيهما حكميا غير قابل للإسقاط.

و منها انّه لا- يمكن أن يلتزم بأنّ تصرف كل من الغابن و المغبون و تملكهما مال صاحبه بالبيع المزبور قبل العلم بالحال أكل للمال

بالباطل، و لكنه بحسب الشرع لا بأس به للإجماع فإنّ دعوى الإجماع التعبدى فى المقام موهومة و لا يحتمل ان كان لدى الأصحاب مدرك فى المقام لم يصل إلينا، كما يظهر الوهم بجلاء تامّ بملاحظة المحكى عن المحقق، و كلمات العلامة و غيرهما.

و منها انّه إذا كان البيع المزبور مع الجهل بالحال داخلا فى التجارة عن تراض كما هو مقتضى جعل وصف تساوى الثمن المسمّى مع ثمن المثل داعيا الى البيع فكيف يدخل هذا فى الأكل بالباطل مع ان التجارة عن تراض مع الأكل بالباطل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۵

....

عدلان حتى بناء على الصحيح من كون الاستثناء فى الآية منقطعا، فلا معنى لوقوع المعارضة بينهما فى البيع غبنا كما لا يخفى.

أقول: الأظهر ثبوت الخيار للمغبون لا لفقد التراضى فى المعاملة الغبنيّة لما تقدم من انّ المراد بالتراضى التراضى المعاملى الذى لم يكن بإكراه لا طيب النفس الواقعى، و الّا لبطل فى موارد تخلف الوصف حتى فيما كان الوصف غير مقوم للمبيع لفقد طيب النفس بالمعاملة مع فقده و دعوى تعدد المطلوب فى موارد التخلف يدفعها ما إذا صرّح المشترى قبل البيع أو معه بأنّه لا غرض له الّا فى الواجد للوصف و ظهر المبيع مع ذلك فاقدا له فإنّه لا أظنّ أن يلتزم فقيه ببطلان تلك المعاملة لفقد الوصف.

و الحاصل: انّ التجارة فرد عن التراضى المعاملى، و لذا ذكر بعض المفسرين ان قوله سبحانه (عَنْ تَراضٍ) خبر بعد خبر بمعنى انّه يجوز الأكل بالتجارة و عن التراضى و على ذلك فبيع البائع ماله بأزيد من ثمن مثله مع قبول المشترى ذلك البيع و لو مع جهله بالحال يوجب حصول التراضى المعاملى غاية الأمر الشرط الارتكازى فى كل معاملة مبنية على المغابنة موجود و هو انّه له الخيار على تقدير كون الثمن أزيد من ثمن المثل بكثير بما يعد إجحافا عليه نظير اشتراط الخيار له على تقدير عدم كون المبيع صحيحا، و الشرط الارتكازى المبنى عليه المعاملة لا يحتاج الى ذكره فى المعاملة، و انّما يحتاج إلغاء ذلك الشرط الى التصريح به فى المعاملة أو قبلها.

و بذلك يظهر انّه لا مورد فى المقام للتشبّث بقاعدة نفى الضرر لإثبات الخيار فانّ تلك القاعدة لو كانت جارية لكانت مقتضاها عدم صحة المعاملة لا نفى لزومها فانّ الضّرر بمعنى نقص المال يدخل بصحة البيع المزبور لا بلزومه؛ و انّما يكون نفى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۶

و أقوى ما استدلّ به فى التذكرة و غيرها (۱).

لزومه تداركا الضرر و معنى القاعدة نفى الضرر لا لزوم التدارك؛ و وجه عدم جريان القاعدة انّ نفى الحكم الضررى للامتنان و لا امتنان فى نفى صحة معاملة خيارية حيث يمكن للمتضرر تداركه بفسخها.

(۱) و قد يقال بأنّ ثبوت الخيار للمغبون مقتضى نفى الضرر حيث انّ المراد عن نفيه نفى حكم يوجب الضرر سواء كان ذلك الحكم من قبيل الإلزام بفعل أو تركه أو من قبيل إمضاء تصرف و الحكم عليه بلزومه كما يفصح عن ذلك المروى من انّه لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام فإن الإسلام عبارة عن القوانين الإلهية و الأحكام الشرعية، و على ذلك فيمكن إثبات خيار الغبن فى كل معاملة يكون لزومها ضررا على أحد الطرفين سواء كانت المعاملة بيعا أو إجارة أو صلحا لم يكن مبنيا على المسامحة كالتراضى بالمبادلة على كل تقدير.

و أورد المصنف (ره) على ذلك بأنّ مقتضى قاعدة نفى الضرر لا يكون ثبوت الخيار للمغبون بحيث يكون له إمضاء البيع و فسخه رأسا بل نفيه يكون ببقاء المعاملة على لزومها مع استحقاق المغبون استرداد المقدار الزائد نظير ما ذكر بعضهم فى المعاملة المحاباتية التى أجراها فى مرض موته حيث تبقى التملك و المعاملة بحالها و يكون للوارث استرداد المقدار الزائد على الثلث، كما إذا اشترى متاعا يساوى ألفين بستة آلاف، و المفروض كون تمام تركته ستة آلاف فان الوارث يسترجع ألفين و ينفذ المعاملة فى مقدار الثلث.

و لكن لا يخفى ما فى هذا الاحتمال فإنّه لو كانت المقدار الذى يستردّه المغبون أو الوارث فسخا للمعاملة فى ذلك المقدار فلازمه ردّ مقابلة من المبيع الى الغابن أو البائع كما هو مقتضى فسخ المعاملة فى بعضها، و ان كان بعنوان التغريم، كما يذكره المصنف (ره) فيما بعد؛ فهذا من قبيل تدارك الضرر لا من نفى الحكم الموجب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۷

....

للضرر.

و قد ذكر المصنف (ره) و غيره انّ نفى الضرر معناه نفى الحكم الموجب للضرر لا إثبات حكم يوجب تدارك الضرر، و بهذا يظهر الحال فى الاحتمال الثانى من انّه يجب على الغابن الالتزام بأحد الأمرين: أحدهما: إعطاء المقدار الزائد بعنوان التغريم و المال الذى أتلفه على المغبون. و ثانيهما: فسخ المغبون بان يثبت الخيار للمغبون مع امتناع عن دفع الغرامة، و لكن لا- يثبت الخيار للمغبون فى الاحتمال الأول، و ما فى كلام المصنف (ره) من انّ مرجع الاحتمالين الى ثبوت الخيار للمغبون فى فرض عدم دفع الغرامة لعله سهو القلم؛ و وجه الظهور ما ذكرنا من أن دفع الغرامة تدارك للضرر الحاصل و مقتضى قاعدة نفى الضرر نفى حكم يوجبه لا إثبات حكم يوجب تداركه.

و امّا ما ذكر المصنف (ره) من انّ الالتزام بأحد الاحتمالين أولى من الالتزام بثبوت الخيار للمغبون، فإنه ربّما يتعلّق غرض المشترى بتملك المتاع ذى القيمة فيكون تملّك غيره ضررا من جهة نقض الغرض فلا يخفى ما فيه فانّ الضرر هو النقص فى المال أو العرض أو النفس و نقض الغرض لا- يكون نقصا فى شىء منها و الّا فيمكن أن يقال بتعلق غرض البائع أيضا بتملّك الثمن، و جواز فسخ المغبون ضرر عليه، و المتحصل العمدة فى ثبوت خيار الغبن ما ذكرنا من انّه مقتضى الشرط الارتكازى، و الّا فلا يمكن الاعتماد على التسالم و الإجماع لكونه مدركيا، و لا لما روى عن النبى (ص) من انّه أثبت الخيار فى تلقى الركبان لانّ ضعف سنده و احتمال كونه خيارا آخر يثبت للركب لا يصلح مدركا فى المقام.

و امّا الروايات الواردة فى كون غبن المؤمن على المؤمن حرام أو غبن المسترسل سحت فلا دلالة فى شىء منها على ثبوت الخيار بل مقتضاها أما حرمة نفس الغبن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۸

[اشتراط الأمران فى هذا الخيار]

[الأوّل عدم علم المغبون بالقيمة]

الأوّل عدم علم المغبون بالقيمة (۱).

تكليفا فى المعاملة أو غيرها أو بطلان المعاملة الغبنيّة، و شىء منهما غير المهم فى المقام كما لا يخفى.

(۱) ذكر (قده) انه لو علم المشترى بزيادة الثمن المسمّى عن ثمن المثل أو علم البائع بنقصان الثمن المسمّى عن القيمة السوقية فلا خيار لهما، بل لا غبن فى الفرض لما تقدم من دخول الجهل بالحال فى مفهومه، و الوجه فى عدم الخيار عدم حكومة قاعدة نفى الضرر فى فرض العلم لأنّها لا- تعمّ موارد الإقدام على الضرر فانّ الضرر فيها مستند الى اختيار الشخص لا الى الشارع و حكمه. و الحاصل انه يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال سواء كان الجهل مركبا بان يعتقد المشترى عدم زيادة الثمن المسمّى عن القيمة

السوقیة أو یعتقد البائع عدم نقصان القیمة المسمّاة عن القیمة السوقیة، أو کان جهلا بسیطا بان کان ظانا عدم الزیادة أو النقیصة أو ظانا بهما أو شاکّا فیهما.

و لکن ناقش أولا- فی حکومة قاعدة نفی الضرر لنفی لزوم البیع فی صورتی الظن بالزیادة أو النقیصة أو الشک فیهما بأنّ المعاملة المزبورة مع الظنّ بأحدهما أو الشک فیهما اقدام علی الضرر، و لذا یستحقّ الذمّ علی ذلک الإقدام.

و أجاب ثانیا: بأنّه لیست المعاملة المزبورة مع الظنّ بأحدهما أو الشک فیهما اقداما علی الضرر، لأنّ المعاملة المزبورة تصدر عن الظانّ و الشاک لرجاء عدم الغبن؛ و لذا یمسک عن المعاملة المزبورة علی تقدیر علمه بالغبن.

أقول: قد تقدم انّ الخیار یثبت للمغبون باعتبار الشرط الارتکازی الثابت بین المتعاقدین فی المعاملات المبنیة علی المداقة؛ و من الظاهر عدم المعنی للاشتراط المزبور مع علم المغبون بالحال، و مع الإغماض عن ذلک و البناء علی کون المدرک للخیار فی المقام قاعدة نفی الضرر النافیة للزوم البیع فقد یقال ان إقدام المغبون علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۹

فبان أزید بما لا یتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا یبعد الخیار (۱).

الضرر لا- یوجب خروج حکم الشارع باللزوم عن کونه ضرریّا، و لذا لا یکون الإقدام علی الوضوء أو الغسل أو الصوم و غیرها من الواجبات الشرعیة مع الإقدام علیها فی موارد الضرر محکوما بوجوباتها، و لو کان الإقدام موجبا لعدم استناد الضرر الی حکم الشرع و وجوبه لکان الواجب مع الاقدام محکوما بالوجوب.

و لکن لا یخفی ما فیه فانّ الإقدام علی الفعل فیما إذا کان الحکم المتعلق به وجوبا یرتفع مع کونه ضرریا لأنّ إیجاب الفعل معلقا علی الإقدام علیه من قبیل طلب الحاصل، و لا یقاس بالحکم الوصفی الثابت لموضوعه. أضف الی ذلک انه لو قیل بحرمة الإضرار علی النفس فانتفاء وجوب الغسل أو الوضوء فی الفرض المزبور لیس لمجرد نفی الحکم الضرری بل لحرمة الإضرار بالنفس حیث انّ ما دلّ علی حرمته من قبیل الخطاب المتضمن لحرمة الوضوء أو الغسل، و غیرهما من الأفعال بعنوانها الثانوی و ما دلّ علی وجوبها من قبیل الخطاب المتضمن للحکم لها بعناوینها الأولیّة، و لذا لو قلنا بجواز الإضرار بالنفس فی غیر الموارد المخصوصة لکان الوضوء أو الغسل المزبورین محکوما بالصحة أخذ بما دلّ علی استحباب التطهر و الوضوء.

و الحاصل: انّ المحذور المزبور أمر یختصّ بالواجبات التکلیفیّة، و لا یقاس بها المعاملات التی یمکن أن یقال نفی لزومها مع الإقدام علیها لا یناسب الامتنان نظیر ما یقال من عدم حکومة لا ضرر فی موارد الهبة و الصدقة المندوبة، و غیر ذلک من موارد تملیک المال مجانا، حیث انّ نفی صحّتها لا یناسب الامتنان کما لا یخفی.

(۱) لا یخفی انّ ما یتسامح به معناه عدّ الإقدام علی الثمن المزبور إقداما علیه ایضا و یقابله ما لا یتسامح به و انّه لا یکون الإقدام علی الثمن المزبور إقداما علیه، و علی ذلک فظهور الغبن بما لا یتسامح به لا یوجب الخیار سواء کان مقدار المعلوم من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۰

ثم ان المعتبر القیمة حال العقد (۱).

الغبن مع الظاهر بما لا یتسامح فیه أو کان الغبن المعلوم بمقدار لا یتسامح فیه و ظهر أزید منه بما یتسامح فیه. نعم لو ظهر الغبن بما لا یتسامح فیه بانفراده بالإضافة إلی الغبن المعلوم فلا یکون إقدام بالإضافة الی ذلک المقدار الظّاهر فیثبت الخیار من غیر فرق بین کون المدرک لخیار الغبن قاعدة نفی الضرر أو الشرط الارتکازی.

و دعوی انّه لو کان المدرک له الشرط الارتکازی فلا یثبت الخیار لأنّ العلم بالغبن بمقدار لا یتسامح فیه یلازم إلغاء الشرط التساوی

بین الثمن المسمّی و القیمة السوقیة المرتکز فی المعاملات لا یمکن المساعدة علیها فإنّ إلغاء مرتبة من شرط عدم الغبن لا یلازم إلغاء اشتراط سائر مراتبه، و مما ذکرنا یظهر انّ خیار الغبن یثبت فی الفرض الأخیر فقط من الفروض الثلاثة فی عبارة الماتن.

(۱) إذا کان الثمن زائدا علی القیمة السوقیّة للعین بما لا یتسامح فیه، و لکن حصول التعادل بین القیمتین قبل اطلاع المغبون علی غبنه، ففی ثبوت الخیار له إشکال لأنّ نفی اللزوم بقاعدة نفی الضرر لتدارک ضرر المغبون، و المفروض حصول التدارک قبل العلم بالغبن بل لا یبعد عدم الخیار فیما إذا تساوت القیمة السوقیّة مع الثمن المسمّی قبل الفسخ، و لو کان حدوث التساوی بعد اطلاع المغبون، کما ذکر ذلک العلامة (ره) فی خیار العیب حیث ذکر سقوط الرد ببرء المعیوب قبل الفسخ.

و لا یبعد ان یکون الأمر کذلک، و لو قلنا بأنّ المدرک لخیار الغبن هو الشرط الارتکازی لأنّ الموضوع للخیار بحسب الارتکاز هو اختلاف الثمن المسمّی مع القیمة السوقیة بما لا یتسامح فیه حال العقد، و لکن هذا کما یأتی موجب لحدوثه الخیار و بقاء ذلک التفاوت معتبر فی بقاء الخیار؛ و لذا یأتی منا بعد ذلک انّه لو فسخ العقد قبل العلم بالغبن، ثم ظهر الغبن نفذ الفسخ السابق فیما لو حصل التساوی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۱

ثم انه لا عبرة بعلم الوکیل (۱).

بین القیمتین حال العلم بالغبن السابق، و أولی بعدم الخیار ما ذا کان القبض شرطا فی صحّة المعاملة کالصرف و السلم، و حصل التساوی بین القیمتین قبل حصول القبض فإنّه لا یحصل بالعقد المزبور ضرر و نقص للمشتری أو البائع لینفی صحّة البیع أو لزومه بقاعدة نفی الضرر، و لو قلنا بوجوب التقابض فإنّ المنفی علی تقدیر الالتزام به وجوب التقابض لا صحة البیع و لزومه لیثبت الخیار للمغبون، فان الخیار حکم للبیع بعد تمامه و حصوله لا إلغاء العقد قبل تمامه.

و امّا إذا کانت القیمة السوقیة حین العقد مساویة للثمن المسمّی ثم حصلت الزیادة أو النقیصة فإنه لا یوجب الخیار لانّ الموضوع للخیار للشرط الارتکازی هو اختلاف القیمتین حال العقد و بقاء الخیار بعد تمام العقد ببقاء ذلک الاختلاف.

نعم لو کان المدرک للخیار قاعدة نفی الضرر فیمکن أن یقال بأنّ مقتضاه ثبوت الخیار فیما إذا علم بعد القبض بحدوث الزیادة أو النقیصة قبله فیما کان القبض شرطا لصحة البیع لانّ البیع المزبور صحته أو لزومه ضرر علی المغبون.

لا یقال مقتضی قاعدة نفی الضرر انتفاء لزوم العقد حتی فیما لو حصلت الزیادة أو النقیصة بعد العقد أو بعد القبض فإنه یقال لا یکون مقتضاه ذلک، فإنّ قاعدة نفی الضرر لا یعمّ ما إذا کان نفیه إضرارا للغیر، و نفی اللزوم بالزیادة أو النقیصة الحاصلة بعد العقد أو بعد القبض إضرار بالطرف الآخر، کما لا یخفی.

(۱) إذا کان وکیلا فی مجرد إجراء صیغة الشراء فلا ینبغی الریب فی انّه لا اعتبار بعلم الوکیل و جهله فی ثبوت الخیار للموکل لانّ الخیار الغبن امّا للاشتراط الارتکازی علی قرار ما تقدم؛ و امّا الدلیل نفی الضرر و مقتضی کل منهما ثبوت الخیار للموکل مع جهله سواء کان الوکیل عالما أو جاهلا، لانّ توکیله فی إجراء الصیغة توکیل أیضا فی اشتراط الخیار لنفسه علی تقدیر التفاوت الفاحش

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۲

....

بین الثمن المسمّی و القیمة السوقیة، کما انّ لزوم البیع المفروض مع فرض جهل الموکل بالحال ضرر علیه.

و امّا إذا کان وکیلا فی المساومة و الشراء فان کان الوکیل المزبور عالما بالتفاوت، و مع ذلک أقدم علی الشراء الغبنی للموکل و فرض صحة البیع المزبور لقیام القرینة علی التوکیل فی الشراء المزبور ایضا، کما إذا کان الموکل بحاجة إلی شراء الدابة للسفر بعد

أیام، و قال للوکیل المزبور حصّل لی الدّابة بأیّ طریق تمکّنت، و اشتری الوکیل الدابة مع العلم بتفاوت القیمتین، فلا خیار للموکل عند المصنف و غیره، و مع جهل الوکیل بالحال یثبت الخیار للموکل فیما کان هو ایضا جاهلا بالحال.

أقول: لا- یبعد عدم ثبوت الخیار للموکل مع علم وکیله المفروض بالحال لانّ الشرط الارتکازی مع علم الوکیل المزبور بالحال غیر محرز لو لم نقل بإحراز عدمه و اقدام الوکیل علی الضرر یعد اقداما للموکل علیه مع ثبوت الوکالة، کما هو الفرض. و امّا مع الجهل الوکیل المزبور بالحال فلا یبعد ثبوت الخیار للموکل حتی مع علمه بغبن الوکیل فی شرائه لأنّ الوکیل لجهله بالحال لم یسقط الخیار المشترط بالشرط الارتکازی. نعم لو کان المدرک لخیار الغبن قاعدة نفی الضرر الظاهرة فی نفی الحکم الضرری عن المتضرر فلا یرفع لزوم البیع بالإضافة إلی الموکل العالم بالحال لانّ توکیله و إبقاء ذلک التوکیل مع إحراز ان شراء وکیله غبنی یکون اقداما علی البیع الضرر بمعنی انّه لا- ینسب الضرر فی الفرض الی الشارع، لا یقال علم الموکل بالحال مع جهل وکیله المفروض لا یکون اقداما علی الضرر، و لعل تقریر الوکالة و عدم منع وکیله عن اجراء العقد المزبور اعتقاده بأنّه إذا حصّل المبیع بقیمته السوقیة أقدم علی فسخ شراء وکیله فإنه یقال لا یختص هذا الإشکال بالمقام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۳

ثم ان الجهل انما یثبت باعتراف الغابن (۱).

بل ما ذکر یرد علی من اشترط الجهل بالحال فی المغبون بدعوی انّه مع علمه یکون مقدما علی الضرر فیقال علیه بأنّ العالم بالحال أقدم علی البیع لا علی لزومه، و اقدامه علی البیع یکون باعتقاد انّه إذا لم یظفر بالمبیع بالقیمة السوقیة بمعاملة أخری التزم بالغبن و الّا یفسخ. و الحاصل لو کان الضرر لا فی الشراء بل فی لزومه فالمشتری العالم لم یقدم علیه.

و لکن الجواب عن ذلک کلّه ظاهر و هو انّ خیار الغبن علی تقدیر کون المدرک له قاعدة نفی الضرر من الخیارات الشرعیة التأسیسیة، و بما انّ البیع مع قطع النظر عن هذا الخیار الشرعی لازم فی بناء العقلاء فمع علم المغبون بالحال و اقدامه علی المعاملة لا یستند الضرر فیها الی حکم الشارع بلزوم البیع بل یستند الی اختیار المکلف و اقدامه علی المعاملة المزبورة و مفاد لا ضرر نفی حکم الشرعی فیما کان الضرر مستندا الی الشارع و لا یرتبط هذا المفاد بکون نفی الضرر امتنانیا، بل الاستناد المزبور معتبر فی القاعدة حتی لو قلنا بجریانها فی موارد خلاف الامتنان، کما لا یخفی.

(۱) لا- شبهة فی ثبوت الخیار للمغبون فیما إذا اعترف الغابن لجهله بالقیمة السوقیة لنفوذ الإقرار علی نفسه، و الکلام فی تشخیص المدعی من المنکر لیجری علیهما الحکم الثابت فی حق المدعی و خصمه؛ فنقول، کما ذکرنا فی بحث القضاء المیزان فی کون أحد الخصمین مدّعیا کونه بصدد إثبات حق لنفسه أو لمن یتعلّق به علی الغیر أو یذکران له مالا بید الغیر أو علی الغیر أو یذکر سقوط حق للغیر عنه أو نقل مال عنه الیه بحیث یکون مقتضی الحجة المعتبرة فی حق الشاک عدم ثبوت ذلک الحقّ أو المال أو عدم الاسقاط و النقل الیه فمن یکون من الخصمین بصدد الإثبات المزبور مع عدم مطابقة قوله للحجة المزبورة یعد مدّعیا، و من کان بصدد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۴

....

نفی الحق المزبور لخصمه أو عدم إسقاطه الحق أو النقل عنه مع مطابقة قوله للحجة المزبورة یعد منکرا.

و علی ذلک فان قلنا بان المستند لخیار الغبن قاعدة نفی الضرر یکون مدعی الجهل مدعیا لأنّه یدّعی خیار الفسخ لنفسه لکون لزوم البیع علیه ضرریا و الغابن منکرا لذلک الحق، لأنّ الأصل عدم ثبوت الخیار للمغبون بمعنی استناد الضرر فی الفرض الی حکم الشارع غیر محرز، و الأصل أی مقتضی استصحاب بقاء الملک بعد فسخ المغبون لزوم البیع، و ما ذکر المصنف (ره) من مطابقة قول المغبون

لأصالة عدم علمه بالحال فيكون منكرا و الغابن مدعيا لا يمكن المساعدة عليه، لأنّ أصالة عدم علم المغبون أو أصالة عدم اقدامه على الضرر لا يثبت استناد ضرره الى حكم الشارع بلزوم البيع؛ و على ذلك فيثبت الخيار للمغبون باعتراف الغابن بجهله بالحال أو بالبيّنة لو أمكنت البيّنة على جهله.

و امّا ثبوته بدعوى المغبون مع يمينه فمبنيّ على ردّ اليمين الى المدعى فيما إذا لم يمكن للخصم الحلف على نفى دعواه أو بأنّ الدعوى إذا كانت مما لا يعلم الّا من قبل مدعيه تثبت تلك الدعوى مع يمين مدعيه.

و إذا قلنا بأنّ المدرك لخيار الغبن الاشتراط الارتكازى الثابت فى المعاملات يكون الأمر على العكس بان يكون الغابن مدعيا بإسقاط المغبون خياره بعلمه بالغبن و المغبون ينكر هذا الاسقاط.

و بتعبير آخر يكون الاختلاف فيما نحن فيه نظير دعوى البائع إسقاط مشترى المعيوب خيار عيبه أو مشترى الحيوان إسقاط خياره عند العقد و ينكره المشترى، فانّ مقتضى الأصل عدم الإسقاط فى المقامين و لا يفرق فى ذلك كلّه بين كون المغبون من أهل الخبرة أو من غيرها فيما إذا احتمل جهله بالقيمة السوقية حال البيع، لانّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۵

هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة (۱).

مجرد كون شخص من أهل السوق مثلا لا يوجب العلم، بل لا الاطمئنان بعلمه بالقيمة السوقية حتى يعتبر و ينقطع الأصل.

و لو فرض فى مورد الظهور بحيث يوجب للقاضى الاطمئنان بعلم المغبون بالحال حال العقد يكون دعوى الجهل منه محتاجا إلى الإثبات لانقطاع أصالة عدم سقوط الخيار بالاطمينان بالخلاف فيجرى فيه ما ذكر من انّه لو كان الدعوى مما يتعسّر إقامة البيّنة عليها تسمع فيها قول مدعيها بيمينه و يأتى الكلام فى تلك الكبرى و كون العلم و الجهل من تلك الأمور مطلقا.

ينبغى فى المقام الإشارة إلى أمر و هو انّ كل مورد يكون الخصم فيه شاكّا فى صحة دعوى المدعى فان كان للمدعى حجة تكون تلك الحجة معتبرة فى حق خصمه الشاك كالبيّنة فلزم الأخذ بتلك الحجة، و لا يحتاج الواقعة الى المحاكمة إلى القاضى؛ و امّا إذا كان الخصم جازما بخلاف دعوى المدعى فيحتاج المخاصمة الى فصلها بالقضاء فيما لم يقدما على المصالحة بينهما؛ و بهذا يظهر انّ بعض صور دعوى الجهل تحتاج الى القضاء و بعضها لا يكون من موارد القضاء فتدبر جيدا.

(۱) يعنى إذا كان المغبون المدعى بجهله بالقيمة السوقية حال العقد من أهل الخبرة، فلا يعتبر أصالة عدم علمه بالقيمة السوقية ليكون المغبون المزبور منكرا، بل يعتبر الظهور المزبور فلا يكون منكرا ليقبل قوله مع يمينه.

و لكن قد يقال اعتبار الظهور المزبور لا يوجب عدم قبول قوله مع يمينه لأنّ غاية اعتبار الظهور المزبور جعل من يوافق قوله معه منكرا و المخالف له مدّعيا و المداعى إذا تعسر عليه إقامة البيّنة لكون المدعى به مما لا يظهر لغيره يقبل قوله مع يمينه فالمغبون المفروض كونه من أهل الخبرة يقبل دعواه الجهل بالقيمة السوقية من هذه الجهة.

و فيه انّ اعتبار الظهور ليس بمعنى جعله ميزانا لتشخيص المدعى عن المنكر، بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۶

و لو اختلفا فى القيمة وقت العقد أو فى القيمة بعده (۱).

مقتضاه قبول قول من يوافقه مع يمينه فى المخاصمة لا جعله منكرا، و خصمه مدعيا ليلحق بالخصم المزبور ما يذكر من ان المدعى إذا تعسر عليه إقامة البينة على دعواه يقبل دعواه مع يمينه.

ألا- ترى ان من موارد اعتبار الظهور ما إذا اختلفا فى صحة العقد الواقع و فساده، و حيث انّ ظاهر حال المسلم اقدامه على العقد

الصحيح فيقبل قوله بصحته من يمينه لا ان يجعل خصمه مدعيا ليلحق به ما ذكر من انّه إذا تعسر على المدّعى إقامة البيّنة يقبل قوله مع يمينه.

أقول: قد تقدّم انّ الميزان فى تشخيص المدّعى و المنكر مطابقة قول أحدهما بالحجة المعتبرة فى حقّ الشاك فى الواقعة أى القاضى و مخالفة قول الآخر معها و أصالة الصحّة الجارية فى العقد المزبور حجّة معتبرة و حاكمة على أصالة الفساد، فمن وافق قوله أصالة الصحّة منكر و الآخر مدّع. و امّا إذا لم يكن فى البين ظهور معتبر يكون الميزان الأصل الجارى فى الواقعة.

نعم قد ثبت فى بعض الموارد تقديم قول من يوافق مثل الظهور المزبور مع يمينه كدعوى أحد الزوجين الدخول بعد الطلاق، و تحقق الخلوة قبله، فهذا لا يدلّ على كونه منكرا بل هذا الحكم تخصيص فيما دلّ على كون البيّنة على المدعى و اليمين على من أنكر. فتحصّل انّ الكبرى الموهومة و هى قبول قول المدعى فيما إذا تعسر عليه إقامة البينة مطلقا، و كون الجهل و العلم منه كلاهما محل تأمّل، بل منع.

(۱) الاختلاف تارة فى ثبوت الخيار لمن يدّعى الغبن و أخرى فى بقاء الخيار له لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فانّ كان الاختلاف فى ثبوت الخيار فلا ينبغى الريب فى انّ الأصل عدم ثبوته كما هو مقتضى استصحاب بقاء الملك على حاله بعد فسخ أحدهما بغير توافق الآخر بل يجرى استصحاب عدم كون البيع المزبور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۷

....

غبنيا، و لو بنحو الاستصحاب العدم الأزلى. و امّا إذا كان الشك فى بقاء الخيار لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فاستصحاب كون البيع على ما هو عليه مقتضاه بقاء الخيار.

و اما أصالة عدم تغير القيمة السوقية فلا تفيد فى المقام لأنه إذا أحرز القيمة السوقية فعلا و احتمل تغيّرها بحيث كان البيع زمان وقوعه غبنيا فهى لا تنفى عدم اختلاف الثمن المسمّى عند البيع مع القيمة السوقية المعبّر عنه بالغبن لينتفى الخيار و كذا الحال فيما إذا علم تغير القيمة السوقية عمّا كانت عليه فى السابق و شك فى تقدم البيع على زمان التغيّر لئلا يكون فى البين خيار أو تأخره عنه ليثبت الخيار فإن أصالة تأخّر البيع و عدم وقوعه الى زمان التغيّر لا يثبت وقوع البيع على ثمن يختلف مع القيمة السوقية و لو مع العلم بزمان التغير.

و ذكر النائينى (ره) فى المقام ثلاثة فروض الأول ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع الثمن المسمّى كما إذا بيع العين بثمانية و اتفقا على كون القيمة السوقية الفعلية تساوى ثمانية و ادّعى البائع انّ القيمة السوقية حال العقد كانت عشرة فله خيار الغبن، و قال المشترى انّها كانت حال العقد أيضا ثمانية فلا خيار له فأصالة عدم التغير لا تجرى فى الفرض لانّه يرجع الى الاستصحاب القهقرائى لأنّ التغير ليس أمرا مسبوقا بالعدم مع انّه مثبت لأنّ خيار الغبن لا يترتب على التغير بل على منشأ انتزاعه و هو وقوع العقد على ما يختلف مع القيمة السوقية.

أقول: مع تساوى القيمة السوقية فعلا مع الثمن المسمّى لا خيار للبائع حتى لو أحرز كون القيمة حال العقد عشرة لما تقدّم من انّ بقاء خيار الغبن دائر مدار بقاء تفاوت القيمة السوقيّة مع الثمن المسمّى.

الثانى: ما إذا اتفقا على القيمة السوقية قبل العقد بأنّ كانت قيمة العين قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۸

[الأمر الثانى: كون التفاوت فاحشا]

اشارة

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشا (١).

البيع عشرة و انّ البيع وقع على الثمانية فالمغبون يدّعى انّ القيمة السوقيّة حال البيع ايضا كانت عشرة و الآخر يدّعى انّها كانت عند البيع ثمانية فلا- خيار و أصالة عدم التغير فى الفرض يوجب الخيار مع الإغماض عن كونه من الأصل المثبت لانّ استصحاب القيمة السوقيّة على العشرة لا يثبت اختلاف الثمن المسمّى مع القيمة السوقية.

الثالثة: ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع القيمة السوقية حال العقد غاية الأمر يدّعى البائع انّ القيمة السوقية الفعلية هى العشرة، و الثمن المسمّى ثمانية فله الخيار و المشترى بأنّ الثمن السوقية هى ثمانية فلا خيار فإنه لا مورد لأصالة عدم التغير فى الفرض أصلا لأنّ الشك فى الغبن غير ناش عن تغير القيمة السّوقيّة أصلا.

(١) قد تقدم انّ الموجب لخيار الغبن كون التفاوت بين الثمن و القيمة السوقية فاحشا بحيث لا يتسامح فيه غالب النّاس و لا يقدمون على المعاملة بذلك التفاوت الّا مع الاضطرار على تلك المعاملة، و فى هذه الصورة يكون اشتراط الخيار مع الاختلاف الفاحش ارتكازيا بل لو قلنا بأنّ المدرك لخيار الغبن هى قاعدة نفى الضرر فالأمر كذلك لأنّه لا امتنان فى موارد الاختلاف غير الفاحش فى رفع اللزوم حيث لا- يكون وضعه فيها ثقلا- عليهم كما انّ الرفع فى سائر الموارد مما يكون امتنانيّا كذلك فمن أكره بشرب الخمر متوعدا بضرر يتحمّله عامّة الناس لا يكون فيه رفع الحرمة.

و يظهر من المصنف (ره) ان الاختلاف بنصف العشر بل العشر لا يكون فاحشا و ناقش فى كون الاختلاف بالخمس فاحشا، و لكن لم يبعد كونه فاحشا، و لا يخفى اختلاف المعاملات و عدم انضباط الغبن المتعارف بشىء من النسب و لو اشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۹

....

دارا بألف و ظهر الغبن فيه بمأة يعد فاحشا بل الأمر فى تفاوت الخمسين ايضا كذلك، و لكن لو اشترى متاعا بخمسين و ظهر الغبن فيه بخمس فقد لا يعدّونه غبنا فاحشا، بل الميزان كون التفاوت مما يتحمله النّاس فى مثل تلك المعاملة بحيث يعدون الاقدام على تلك المعاملة إغماضا عن ذلك المقدار من التفاوت.

و لا يقال الضرر اليسير مما يتسامح فيه الناس ضرر ايضا و ظاهر قاعدة نفيه عدم لزوم البيع مطلقا حتى فيما إذا فرض كون التفاوت غير فاحش غاية الأمر انّ نفى اللزوم فى البيع الغبن للامتنان على المتضرر و نفيه عن المتضرر بالضرر غير الفاحش ايضا مشمول للامتنان نظير وجوب القصر على المسافر بسفر لا- تعب فيه، فان نفى وجوب التمام عن ذلك المسافر ايضا شمول للامتنان و على ذلك فالتفاوت غير الفاحش غير شرط فى ثبوت خيار الغبن، و لم يقع عنوان الغبن واردا فى شىء من الأدلة ليقال بانصرافه عن التفاوت غير الفاحش بدعوى عدم عدّ ذلك التفاوت غبنا.

فإنّه يقال نفى الضرر منصرف عن نفى الحكم فى مورد يمسك فيه المشترى بزمام العقد و لو مع علمه بذلك التفاوت، و ان الضرر فيه غير ناش عن حكم الشارع حيث لا يقدم المتضرّر به على الفسخ، و لو بعد اطلاعه بالغبن المزبور بل يقدم على البيع المزبور، و لو مع اطلاعه بالحال. و ثانيا: قد ظهر ممّا ورد فى مثل وجوب القصر على المسافر انّ الامتنان فيه من قبيل الحكمة بخلاف المقام حيث مع ورود نفى الضرر فى الامتنان نظير رفع الإكراه أو الاضطرار ظاهره دوران النفى و الرفع على الامتنان.

و الكلام فيما إذا لم يحرز كون التفاوت مما يتسامح النّاس فيه أم من غيره فذكر المصنف (ره) انّه يرجع مع عدم الإحراز إلى قاعدة نفى الضرر فى الحكم بالخيار لانّ الخارج عن قاعدة نفى الضرر تخصيصا أو تخصصا موارد إحراز التسامح و احتمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸۰

[بقى هنا شىء]

بقى هنا شىء و هو انّ ظاهر الأصحاب و غيرهم ان المناط فى الضرر الموجب (۱).

الرجوع الى استصحاب اللزوم لاختصاص قاعدة لا ضرر بموارد الاختلاف الفاحش لا موارد إحرازه فيكون التمسك به كالتمسّك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) من التمسك بالعام فى شبهته المصداقيّة. أقول: المورد من موارد الشك فى شرط الخيار و الأصل عدمه فتدبّر جيّدا.

(۱) إذا كان التفاوت بين الثمن و القيمة السوقية فاحشا فقد يتيسّر تحمله لبعض الأشخاص و ذلك التفاوت لا يتحمّله بعض آخر فى مثل ذلك البيع، فهل يكون المعيار فى عدم لزوم البيع بالتفاوت الفاحش المعبّر عنه بالضرر المالى مع الإغماض عن حال المغبون من جهة يسر تحمله الضرر و عدمه أو يلاحظ مع التفاوت الفاحش حال المتضرر ايضا، بحيث لا يرفع لزوم المعاملة بقاعدة نفى الضرر مع يسر المغبون فان قيل بالأوّل و عدم ملاحظة شىء إلّا الضرر المالى فما الفرق بين المقام و بين موارد التكاليف.

مثلا ذكروا فى شراء الماء للوضوء انّه يجب لواجد المال و ان بلغ الثمن ما بلغ بخلاف من لا يجد المال و لا يتيسّر له الشراء المزبور فإنّه يجوز له التيمّم و ترك الشراء لنفى الضرر حيث انّ مقتضى ما ذكر ملاحظة حال المكلف بالإضافة وجوب الوضوء الموقوف على شراء الماء و عدم كون تمام الملاك فى نفى وجوبه بالضرر المالى و الغمض عن حال المكلف و ان قيل بالثّانى أى ملاحظة حال الشّخص فاللّازم فى المقام أيضا ملاحظة حال المغبون من حيث يسر تحمله الضرر و عدمه.

و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بأنّ المعيار فى نفى الضرر نفس الضّرر المالى لانّ يسر تحمل المكلف الضرر و عدمه لا يخرج الحكم عن كونه ضرريّا بلا فرق بين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸۱

....

المقام و التكاليف غاية الأمر قاعدة نفى الضرر كسائر العمومات قابلة للتخصيص و قد خصّصت فى مسألة شراء الماء للوضوء حيث دلّ النصّ على وجوبه على واجد المال. و فى صحيحة صفوان قال سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج الى الوضوء للصلاة و هو لا يقدر على الماء فوجد بقدر ما يتوضّأ به بمأة درهم أو بألف درهم و هو واجد لها أ يشترى و يتوضأ أو يتيمّم قال (لا بل يشترى قد أصابنى مثل ذلك فاشتريت و توضّأت و ما يسوئنى و ما يشترى بذلك مال كثير و على ذلك فيرفع اليد عن قاعدة لا ضرر بالإضافة الى من يمكنه الشراء و يبقى غير الواجد للمال المزبور بحيث كان صرف المال على الشّراء مجحفا به مندرجا فى قاعدة نفى الضرر.

بل يمكن ان يقال ان خروج مثل هذه التكاليف عن قاعدة نفى الضرر بالتخصّص لانّ ما يصيب المكلف بإزاء الضرر المالى من الأجر الأخروى يخرجه عن عنوان الضّرر كما يشير الى ذلك ذيل الرّواية، فيجب الشراء على كل من لا يكون الشراء مجحفا به و بالإضافة إلى المكلف الذى يكون الشراء مجحفا به ينفى وجوب الشراء بقاعدة نفى الحرج.

أقول: لا يخفى ما فيه فان ترتب الأجر الأخروى على امتثال تكليف لو كان موجبا لخروجه عن كونه ضرريا وجب الوضوء فيما لو كان تحصيل الماء و موجبا لذهاب المال الكثير أو مع خوف ذهابه، كما إذا خاف من سرقة ماله لو ترك متاعه و ذهب فى طلب الماء و نحو ذلك، بل لا يمكن استفادة نفى اللزوم فى بيع الغبنى فإنّ وجوب الوفاء بالبيع عند المصنف (ره) و غيره تكليف و يترتب على امتثاله الأجر الأخروى، فلا يكون اللزوم المزبور ضرريا حيث يمكن للمكلف الوفاء به بقصد القربة حتى لا يحصل الضرر فيكون

الوفاء به من غیر قصد التقرّب اقداما من المغبون الی الضرر الی غیر ذلک.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۲

ذکر فی الروضة و المسالک تبعا لجامع المقاصد (۱).

و عن النّائینی (قده) انّ وجوب شراء الماء بالمال الکثیر فیما إذا لم یکن الشراء غبنیا بأنّ تکون قیمة الماء فی ذلک المکان مساویا للثمن المدفوع بحیث یکون الضرر فی نفس التکلیف بالوضوء الموجب لصرف الماء المزبور، و الّا فیمکن نفی لزوم الشراء بقاعدة نفی الضرر فیجوز له التیمّم الّا انّ یؤخذ بذیل الروایة.

أقول: حمل الروایة علی کون القیمة السوقیة فی ذلک المکان مساویا للثمن المدفوع حمل بعید و اللازم علی ظاهر الروایة الإقدام علی المعاملة المزبورة لواجد المال، و ان کانت غبنیّة. و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذکر فی الروضة و المسالک و جامع المقاصد انه قد یکون المغبون فی المعاملة هو البائع و الأخری المشتری؛ و ثالثة هما معا و قد وقع الإشکال فی تصویر الغبن لکل من المتبایعین فی بیع واحد. و عن بعض المحشّین للروضة عدم إمکان ذلک فان غبن البائع یکون ببیع الشیء بالناقص عن قیمته السوقیّة و غبن المشتری ببیعه بأزید من قیمته السوقیّة، و لا یمکن أن یکون الثمن فی بیع واحد زائدا علی قیمته السوقیّة و ناقصا عنها و قد تصدّی جمع لتصویر الغبن لکل منهما فی معاملة و ذکروا فی ذلک وجوها.

الأوّل: ما عن المحقق القمّی (ره) من انّه لو باع متاعه بثمن و اشترط فی البیع دفع بدل معین عن ذلک الثمن، کما إذا باع متاعه بأربعة توأمین علی ان یدفع المشتری عن تلک التوأمین بثمانیة دنانیر، ثم ظهر انّ المتاع یسوی خمسة توأمین، و انّ أربعة توأمین یساوی ثمانیة دنانیر الّا خمس دینار؛ ففی الفرض یکون البائع مغبونا لبیعه ماله بأقلّ من قیمته السوقیة و المشتری مغبون فی اشتراط دفع ثمانیة دنانیر بدل أربعة توأمین فیکون لکل منهما خیار الغبن.

و ناقش المصنف (ره) فی الجواب بأنّ الغبن یحسب فی المعاملة بملاحظة الشرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۳

....

المأخوذ فیها مثلا إذا باع ما یسوی بخمسة دنانیر بدینارین مع اشتراط خیاطة المشتری ثوبا تکون أجرتها ثلاثة دنانیر لا یتحقق الغبن؛ و علی ذلک ففی الفرض المزبور یکون المغبون هو البائع فقط لأنّه قد دفع متاعه و وصل إلیه بإزائه ما ینقص عن قیمته السّوقیة بخمس دینار و مع الغمض و حساب الشرط معاملة أخری لا یکون فی البین معاملة واحدة، بل معاملتان یکون المغبون فی إحداهما هو البائع، و فی الأخری هو المشتری.

الثانی: ما ذکره بعض من بیع متاعین بصفقة واحدة بثمنین، کما إذا قال بعت هذا المتاع و ذلک المتاع الأوّل بخمسة، و الثانی بأربعة، و قال المشتری اشتریتهما، و ظهر انّا لمتاع الأول یسوی بأربعة، و الثانی بخمسة فیکون کل من البائع و المشتری مغبونا؛ بالإضافة الی أحد المتاعین، و هذا الجواب قریب إلی الأول فی الضعف، لأنّ المعاملة المزبورة ان کانت واحدة فلا غبن فیها لأحدهما أصلا، و ان کانت معاملتین بحیث یکون للمغبون فی کل منهما خیار تخرج عن فرض وحدة المعاملة.

الثالث: ان یکون المراد بالغبن معناه الأعم، بحیث یشمل ظهور المبیع علی خلاف الرؤیة السابقة، کما إذا اشتری الفرس الذی رآه سابقا سمینا بخمسة دنانیر ثم ظهر هزاله، و ان قیمته عند البیع مع هزاله ستّة، فیکون لکل من البائع و المشتری خیار الفسخ. امّا المشتری لتخلف شرط الرّؤیة السابقة. و امّا البائع لکونه مغبونا فذکر المصنف (ره) انّ هذا الوجه حسن، و لکن لا یساعده ظاهر کلام الروضة، لأنّ ظاهره فرض الغبن المفروض فی خیار الغبن.

الرابع: ما ذکره بعض من فرض اختلاف قیمة المبیع بحسب مکان البائع، و مکان المشتری، کما إذا حاصر العسکر بلدة، و کانت قیمة الطعام خارج البلدة ضعف قیمته داخل البلدة و اشتری أحد من داخل سور البلد الطعام من خارج

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۴

[مسألة ظهور الغبن شرط شرعی]

مسألة ظهور الغبن شرط شرعی (۱).

السور بقیمة متوسطة بین القیمتین فیکون البائع مغبونا، لکون قیمة المبیع عنده أزید من الثمن المسمّی و المشتری مغبونا لکون قیمة المبیع عنده ناقصة عن الثمن المسمّی، و فیه ان الملاک فی الغبن القیمة السوقیة للمبیع فی مکانه، و إذا نقصت قیمته بانتقاله الی مکان المشتری فلا یکون ذلک غبنا للمشتری، فإن نقله إلیه إتلاف لبعض مالیّته.

الخامس: ما ذکره فی مفتاح الکرامة من دعوی کل من البائع و المشتری الغبن فی معاملة واحدة و لم یمکن استعلام الحال و مع تحالفهما یثبت خیار الغبن لکل منهما و أورد المصنف (ره) علی ذلک بأنّ لازم التحالف لزوم المعاملة عن کلا الطرفین مع انّ الکلام فی ثبوت الغبن واقعا لکل منهما.

أقول: یمکن أن یکون تحالفهما بردّ کل منهما الیمین الی صاحبه فیثبت الخیار لکل منهما. نعم کون الکلام فی الغبن الواقعی صحیح.

و قد یقال بفرض الغبن بمعنی الضرر لکل من البائع و المشتری فی بیع واحد کما إذا کانت قیمة الحیوان مع ولده عشرة فی بیعهما معا أربعة للأمّ و ستة للولد، و باع المالک الامّ باعتقاد انّ الولد یعیش بدونه بستة، ثم ظهر انّ الولد لا یعیش بدونه و انه لا یصلح الّا للذبح و قیمته بدون الامّ دینار فیکون مشتری الأم مغبونا لشرائه الامّ منفردا بستة و البائع متضررا لانّ البیع المزبور قد أتلف علیه ثلاثة دنانیر، و لکن لا یخفی انّ هذا ایضا لا یکون من الغبن المراد فی المقام.

(۱) یقع الکلام فی ثبوت الخیار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد فانّ کلمات الأصحاب یختلف و یظهر من بعضهم الأول کالشیخ (قده) فی مبسوطه، و ابن زهرة فی الغنیة، و المحقق فی الشرائع، بل ظاهر الغنیة التسالم علی اشتراط الخیار بظهور الغبن و یظهر من بعض آخر الثانی؛ بل ظاهر التذکرة الاتفاق علیه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۵

....

و تصریح بعضهم بعدم سقوط هذا الخیار بالتصرف المراد به التصرف قبل العلم بالغبن ظاهر فی ثبوته قبل ظهور الغبن حیث انّ عدم سقوط الخیار به فرع ثبوته.

و لکن یظهر الوجه الأول من کلامهم حیث ذکروا فی المقام صحّة تصرفات الغابن فیما انتقل الیه قبل علم المغبون بالحال و نفوذها غایة الأمر انّ المغبون بعد علمه بالحال و فسخه البیع یرجع ببدل ذلک المال مع اختلافهم فی صحّة تصرفات مع علیه الخیار فیما انتقل الیه زمان خیار صاحبه.

و یؤید الأول أیضا الاستدلال فی التذکرة علی هذا الخیار بقوله صلی اللّه علیه و آله فی حدیث تلقی الرکبان انهم بالخیار إذا دخلوا السوق فانّ ظاهره حدوث الخیار بظهور الغبن الحاصل بدخول السوق.

و یمکن إرجاع کلماتهم الی أحد الوجهین المزبورین بحیث یرتفع الاختلاف بان یقال خیار الغبن یطلق تارة علی السلطنة الفعلیة

الثابتـة للمغبون بحيث يجوز له فعلاـ فسـخ البيع، و هـذه السـلطنة لاـ تحصل الّا بظهور الغبن و يطلق أخرى على الحق الواقعى بحيث لو حصـل العلم به كـان صـاحبه متمكّنـا على اسـتعمال ذلـك الحق، فيكون الجاهـل بموضوع خيـار الغبن كالجاهل بحكم خيار الغبن أو بحكم خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما.

ثمّ انّ الآثار المترتبة على الخيار تختلف فانّ منها ما يترتّب على السـلطنة الفعلية كالسـقوط بالتصرف فإنه لا يكون الّا بعد فعليّة السلطنة ليكون التصـرف دالا على رضا ذى الخيار ببقاء العقد و الإغماض عن خياره، و كالتلف فانّ تلف المنتقل الى المغبون من مال المغبون قبل ظهور الغبن. و انّما يكون من الغابن بناء على عموم القاعـدة لخيار الغبن ايضا بعـد ظهور الغبن للمغبون، و من الآثار ما يترتب على ثبوت الحق واقعا كإسقاطه بعد العقد فإن إسقاطه يصحّ و لو كان قبل ظهور الغبن، و من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸۶

....

الآثار ما يحتمل فيه الأمران بأن يكون أثرا للحق الواقعى، و ان يكون أثرا للحق الفعلى كالتصـرفات الناقلة من الغابن فيما انتقل إليه فإنّ تعليل عدم جوازها بكونها مفوّتة لحق المغبون مقتضاه ترتّبه على الحق الواقعى، و لكن يظهر من بعض من ذكر عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه ان عـدم الجواز مترتب على الحق الفعلى حيث ذكر هذا البعض انّ تصـرفات الغابن فيما انتقل اليه قبل ظهور الغبن للمغبون لا بأس بها، و كيف كان فاللازم فى تمييز الآثار ملاحظـة الـدليل الدال عليها و تظهر الثمرة بين الوجهين من كون ظهور الغبن شـرطا شـرعيّا أو كاشـفا فى نفوذ فسـخ المغبون فيمـا إذا فسـخ المغبون البيع قبـل ظهور غبنه اقتراحـا أى من غير ملاحظـة أمر أو بملاحظة سبب خيار غير موجود بان يعتقد بقاء خيار المجلس أو غيره.

أقول: الأظهر فى المقام الالتزام بثبوت الخيار للمغبون من حين العقد فانّ المدرك له امّا قاعدة نفى الضرر أو الشرط الارتكازى الثابت فى المعاملات المبنيّة على المداقّة و مقتضـى نفى الحكم الضرر على الأول، و تخلّف الشرط على الثانى نفى اللزوم و ثبوت الخيار من الأوّل، و ليس الخيار إلّا السـلطنة الفعليـة الّتى يكون فسخ العقد بها نافذا سواء كانت السـلطنة محرزة أم لا فإنّه إذا صادف الفسخ تلك السـلطنة ينفذ و الّا لم يكن فى البين خيار، و على ذلك فالأحكام المترتبة على الخيار كضـمان تلف المال على من لا خيار له بناء على جريانه فى المقام يثبت من حين تمام العقـد و دعوى الإجماع على عدم ضـمان الغابن التلف قبل ظهور الغبن؛ امّا تخصـيص فى قاعدة الضّمان أو منع عن جريانها فى خيار الغبن أصلا، هذا إذا أمكن دعوى الإجماع التعبّدى فى أمثال المقام.

و امّا تصـرّف الغابن فيما انتقل اليه فهو أمر جائز سواء كان ذلك قبل ظهور الغبن أم بعده، فانّ الخيار ليس الّا حق يتعلّق بفسخ العقد لا بما انتقل من ذى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸۷

ثم ان ما ذكرنا فى الغبن من الوجهين (۱).

الخيار الى صاحبه غاية الأمر انّ من له الخيار لو وجد بعد الفسخ ما صار ملكا له بالفسخ أخذه و الّا يأخذ بدله.

و امّا تصـرّف المغبون فيما انتقل إليه، فإن كان قبل ظهور الغبن فهو كتصـرف الغابن بخلاف ما إذا كان بعد ظهور الغبن فانّ التصـرف فى ما انتقل اليه بعـد ظهور غبنه يكون مسـقطا لخياره باعتبار دلالة ذلك التصـرف على التزامه بالعقد على قرار ما اسـتفيد ممّا ورد فى سقوط خيار الحيوان بتصـرّف المشترى فيه و لا يختصّ ذلك بالتصـرف الناقل بل كلّما يكون ظاهرا فى التزامه ببقاء العقد و الإغماض عن خياره، بل لو كان فى البين ظهور للتصـرّف حتّى قبل علمه بغبنه يكون الإسـقاط الفعلى كالإسـقاط القولى فى نفوذه بعـد العقد أو حين العقد كما ذكرنا سابقا فى شرط سقوط الخيار فى العقد.

(۱) الكلام فى كون خيار العيب مشروطا بظهور العيب أو انّ ظهوره كاشف عن ثبوت الخيار من حين العقد كما تقدّم فى خيار الغبن، و ربّما يستظهر من كلام العلامة فى القواعد حدوثه بظهور العيب كحدوثه بظهور الغبن حيث قال فى القواعد انه لو حدث فى الأمة المدلّسة عيب قبل ظهور التدليس فلا ردّ، بمعنى ان مشتريها يأخذ أرش ذلك التدليس، و ذكر فى جامع المقاصد انّ هذا الكلام من العلامة مبنىّ على ضمان من لا- خيار له تلف العين أو الوصف حتى فى خيار العيب؛ و لذا يجوز الردّ بالعيب الحادث بعد ظهور التدليس، و لا يجوز قبل العلم به بالعيب الحادث، و لكن الظاهر عدم جواز الردّ بالعيب الحادث سواء كان حدوثه قبل ظهور التدليس أم بعده، لأنّ قاعدة الضمان فى زمان الخيار ممن لا خيار له لا تجرى فى خيار العيب بل ضمانه على المشترى على كل تقدير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸۸

[سقوط هذا الخيار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد العقد]

أحدها إسقاطه بعد العقد (۱).

---

(۱) لإسقاط خيار الغبن صور: الأولى: إسقاطه بعد ظهور الغبن بلا عوض.

الثانية: إسقاطه بظهور الغبن بالعوض. الثالثة: إسقاطه قبل العلم بالغبن بلا عوض أو بالعوض.

امّا الأولى: فلا إشكال فى صحة الإسقاط و نفوذه فيما إذا علم مرتبة الغبن و أسقط خياره أو جهل مرتبته و أسقط خياره من أى مرتبة من الغبن لأنّ مقتضى كون الخيار حقّا للمغبون جواز إسقاطه، و لكن هذا فيما كان المدرك لخيار الغبن الشرط الارتكازى أو ثبوت الخيار فى المعاملة الغبنيّة بسيرة العقلاء؛ و امّا بناء على ان المدرك له قاعدة نفى الضرر فإثبات كون جواز البيع مع الغبن حقيّا لا حكميا مشكل جدا.

لا- يقال بأن المنفى فى مثل البيع اللزوم الحقى لا- الحكمى حيث انّ اللزوم الحكمى غير ثابت فى البيع، كما هو مقتضى ما دلّ على مشروعية الإقالة فيه فإنه يقال: نعم الحكم المنفى كما ذكر، و لكن الجواز الثابت مع عدم اللزوم الحقّى حقيّا أيضا أو انّه حكمى، فلا يثبت بنفى الضرر الّا ان يتمسك بذيل الإجماع، فإنّ احتمال ثبوت الجواز الحكمى غير موجود فى كلام أحد من الأصحاب فضلا عن الفتوى به، و لكن يبقى كون هذا الإجماع تعبّديّا، كما لا يخفى.

و كيف ما كان فإذا اعتقد مرتبة من الغبن و أسقط خياره أو اعتقد انّ الغبن لا يزيد عن كذا، ثم ظهر كون غبنه أكثر من ذلك ففى سقوط الخيار اشكال و وجهه عدم طيب نفسه بسقوط خياره فى الفرض لانّ الرّضا كان بغبن كان المتحقق غير ذلك الغبن فيكون نظير ما أعتقد انّ حقّ عرضه شتم فأسقطه، ثم ظهر انّه قذف، فإنّه لا يسقط بذلك حق القذف؛ و انّ خيار الغبن الموجود أمر واحد من غير فرق بين حصوله بأىّ مرتبة من الغبن. و إذا أسقط ذلك الأمر الواحد و لو باعتقاد حصوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۸۹

....

بمرتبة تكون فى الواقع غيرها فلا خيار بعده؛ و لا يقاس بالشتم و القذف فان حق الشتم غير حق القذف؛ و إذا أسقط الأوّل باعتقاد انّه الموجود و بان الثانى لا يسقط الثانى لعدم إسقاطه، و كذلك ليس من قبيل الدين الدائر أمره بين الأقل و الأكثر فإنّه إذا أسقط دينه على الغير باعتقاد انّه لا يزيد على الألف، ثم بأنّ الدين ألفان يسقط الألف و يبقى الألف الآخر.

و ذكر السيد اليزدى (قده) انّه لا ـ فرق بين المقام مما يكون الموجود على كل تقدير فردا من نوع و بين حقى الشتم و القذف، أو الدين و العمدة ملاحظة أنّ الاعتقاد المزبور من قبيل الداعى إلى إسقاط الحق، فيسقط حتى فى مسألة اعتقاد حق العرض شتما، ثمّ بان أنّه قذف، أو ان الاعتقاد المزبور يوجب تقييد الحق الذى يسقطه، و هذه مسألة فى جميع موارد الاعتقاد بالخلاف.

و أورد على ذلك النّائينى (قده) بأنّ الموجود من الخيار فى الفرض أمر واحد خارجى بسيط و لا يختلف ذلك الأمر الواحد البسيط باختلاف مراتب الغبن، و هذا الأمر الواحد لا يقبل التقييد حيث انّ القابل له هو الطبيعى لا الشخص؛ و مسألة دوران الأمر بين كونه داعيا أو تقييدا تجرى فى مثل العبادات مما تكون الفاعل فيها بصدد إيجاد الطبيعى كالقضاء و الأداء بان يصلّى باعتقاد انه فى الوقت فبان انّه خارجه، أو توضأ قبل الوقت باعتقاد دخوله و وجوب الوضوء، ثم بان الوقت لم يدخل. و امّا فى موارد كون الموجود شخصا واحدا بسيطا، كما فى المقام فالإسقاط إسقاط لذلك الأمر الواحد، و لا يعقل فيه التقييد، و إذا فرض عدم التّعليق فى الإسقاط فلا محالة يسقط ذلك الخيار، و الّا بطل الإسقاط لأنّه من الإيقاع و التعليق فيه موجب لبطلانه.

و بتعبير آخر: لو قال إن كان غبنى فى المعاملة كذا مقدارا أو لا يزيد على كذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۰

....

فأسقطت خيارى بطل الإسقاط للتعليق فى الإيقاع، و إذا كان الإسقاط منجزا سقط خيار الغبن لانّ خيار الغبن لا يقبل التخصّص بمراتب الغبن نظير التخصص بالمجلس و الحيوان.

أقول: امّا قضيّة عدم طيب النفس بسقوط الخيار على تقدير كون الغبن أكثر مما اعتقده المغبون، فقد تقدّم انّ المعتبر فى المعاملات التّراضى المعاملى و عدم حصول العقد أو الإيقاع بالإكراه؛ و امّا طيب النفس بمعنى ابتهاجها بالمعاملة و نحوها، فلا يعتبر.

و امّا حديث انّ الخيار أمر واحد بسيط لا يقبل التقييد؛ و انّما يقبل إسقاطه التعليق، و مع عدم التعليق فى إسقاطه، كما هو الفرض يسقط ذلك الأمر الواحد.

و اعتقاد انّ الغبن فى المعاملة بالمرتبة الفلانيّة مع انّه كان فى الواقع غيرها يكون من قبيل التخلف فى الداعى، كما أفاده النائينى (ره) ايضا لا يمكن المساعدة عليه فإنّه قد تقدم انّ المشترى إذا علم بالغبن، و لكن أعتقده انّه بالعشر و مع ذلك اشترى المال، ثم ظهر انّ الغبن أكثر يكون له خيار الغبن، و إذا فرض انّ مع العلم بالغبن لا يكون فى البين اشتراط عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين، فكيف يثبت فى الفرض للعالم بالغبن خيار، فانّ الشراء مع العلم إلغاء لذلك الشرط الارتكازى لا محالة.

و الجواب: فيه و فى إسقاط الخيار بعد العقد باعتقاد انّ الغبن كذا مقدار واحد و هو انّ الموجب لخيار الغبن، و ان كان تحقق الاختلاف الفاحش بين القيمة السوقية و الثمن المسمّى، و هذا الاختلاف على تقدير حصوله فى ضمن أى مرتبة يوجب الخيار لا لخصوصية لحد تلك المرتبة، بل بما هى اختلاف فاحش، و على ذلك فأىّ مرتبة اعتقدها المشترى حين العقد، و مع ذلك أقدم معه بالشراء يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۱

....

ذلك بمنزلة إلغاء تلك المرتبة و ما دونها فى الشرط الارتكازى، بمعنى انّه لو كان الغبن فى ضمن تلك المرتبة و ما دونها فلا حقّ له فى فسخ البيع. و امّا سائر المراتب فهى باقية على الشرط الارتكازى فتكون النتيجة ثبوت خيار الغبن فى بعض فرض الغبن و عدم ثبوته فى بعضها الآخر.

و الأمر فی الإسقاط بعد العقد ایضا کذلک فانّ تعلیق إسقاط الخیار علی حصول الخیار واقعا لا بأس به، کما یأتی و کما انّ تعلیق الإسقاط علی تحقق الدین واقعا لا بأس به فان هذا التعلیق حاصل سواء اتی به المسقط فی إنشائه، أو لم یأت به فإنّه لا معنی لإسقاط دین معدوم أو خیار معدوم، و إذا أحرز الشخص حصول الخیار، و لکن لم یدر حصوله بتحقق الاختلاف الفاحش فی ضمن أی مرتبة من الغبن فیمکن له أن یسقط خیاره مطلقا، کما یمکن له إسقاطه فی بعض محتملاته بأن یقول أسقطت خیار الغبن لو ثبت الخیار بالاختلاف بالعشر بین القیمتین و ما دون.

و الکلام فی المقام فی انّ اعتقاد مرتبة من الغبن و إسقاطه خیار الغبن بذلک الاعتقاد بمنزلة تقیید الخیار الذی یسقطه بحصوله بالتفاوت الفاحش فی ضمن تلک المرتبة، أو ما دونها و لو کان ذلک التقیید بمعنی تعلیق الخیار الذی یسقطه أو انّ الاعتقاد المزبور لا یوجب تقیید الخیار و لا تعلیق حصوله، و هذا غیر تعلیق الاسقاط الموجب لبطلانه، کما إذا قال لو جاء ولدی من سفره، فقد أسقطت مالی علیک من الدین فانّ البطلان فیما کان المسقط بالفتح علی إطلاقه و التعلیق فی إسقاطه، کما فی الفرض لا فیما کان التعلیق فی الإسقاط حاصلا بتقیید المسقط بالفتح أو تعلیقه کما فی المقام. و الظاهر انّ مجرّد الاعتقاد بوصف فی المسقط بالفتح لا یوجب تقییدا فیه أو فی إسقاطه، کما انّ مجرّد الاعتقاد بوصف فی المبیع کالاعتقاد بکون الفرس من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۲

و امّا إسقاط هذا الخیار بعد العقد قبل ظهور الغبن (۱).

نسل کذا، لا یوجب التعلیق فی المبیع فی مقام شرائه؛ بل التقیید و التعلیق یحتاج إلی مؤنة زائدة فی العقد و الإنشاء، فمع إسقاطه بدون تلک المؤنة یسقط مطلقا، و مع الصلح علیه بشیء یسقط ذلک الخیار غایة الأمر یکون نفس الصلح فی بعض الموارد غبنیّا، فیثبت له خیار الغبن، فیما إذا لم یکن الصلح المزبور مبتیّا علی المحاباة، و لکن مع ذلک یظهر من صحیحة أبی ولّاد انّ الاعتقاد المزبور فی موارد إسقاط الحق و المصالحة علیه یوجب التقیید و التعلیق حیث سئل الإمام علیه السلام انّی کنت أعطیته دراهم و رضی. بها و حلّلنی فقال إنّما رضی بها و حلّلک حین قضی علیه أبو حنیفة بالجور و الظلم، و لکن ارجع الیه فأخبره بما أفتیتک به فان جعلک فی حلّ بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک.

(۱) لا یخفی انّه بناء علی ثبوت الخیار بتمام العقد علی تقدیر الغبن لا إشکال فی جواز إسقاطه بعد العقد و لو قبل ظهور الغبن فإنّه من إسقاط ما یجب، و قد تقدّم ان تعلیق الخیار علی ثبوته واقعا فی مقام إسقاطه و سرایة ذلک الی تعلیق السقوط لا بأس به لتعلّق السقوط علیه واقعا و ان أتی به منجزا فإنّه لا معنی لإسقاط الخیار علی کل تقدیر؛ و امّا بناء علی تحقق الخیار بظهور الغبن ففی إسقاط الخیار بعد العقد و قبل ظهور الغبن إشکال فإنّه من إسقاط ما لم یجب أی إسقاط ما هو غیر موجود بالفعل قطعا.

و أجاب المصنف (ره) انّه یکفی فی جواز الإسقاط أی إسقاط المسبّب تحقق سببه، و ان کان تحقق المسبب موقوفا علی حصول الشّرط مستقبلا، کما إذا أعار ثوبه من زید و أسقط بعد العاریة أو تعدّی المستعیر ضمان ذلک المستعیر، فان تعدیه بالإضافة إلی ضمانه من قبیل السبب لانّ الضمان یحصل بتلف المال، و قد أسقط ذلک المسبب عند تحقق سببه، و کبرائه البائع من العیوب الموجودة فی المبیع حال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۳

[الثانی من مسقطات خیار الغبن شرط سقوطه فی متن العقد]

الثانی من مسقطات خیار الغبن شرط سقوطه فی متن العقد (۱).

البیع فانّ البیع سبب للخیار و شرطه ظهور العیب، فالبراءة المزبورة إسقاط لما یتحقق سببه. و امّا شرطه فأمر استقبالی.

و الحاصل: کما انّ الاسقاط فی نظیر هذه الموارد لیس من إسقاط المعدوم، بل إسقاط للشیء معلّقا علی تحقق ذلک الشیء مستقبلا، و کذلک إسقاط الخیار بعد العقد، و قبل ظهور الغبن.

أقول: لو کان ثبوت الخیار بظهور الغبن باعتبار الشرط الارتکازی الثابت فی المعاملة، فلا ینبغی التأمّل فی جواز إسقاطه بعد العقد، لانّ الشرط و هو عدم الاختلاف الفاحش بین القیمتین حق للمشروط، فله إلغاء ذلک الشرط، و لو قبل ظهور الغبن، و هذا من إسقاط الحق الموجود؛ و امّا إذا قیل بأنّ خیار الغبن شرعی و موضوعه ظهور الغبن، و استفادة ذلک من قاعدة نفی الضرر، أو روایة تلقّی الرکبان فإسقاطه بعد العقد، و قبل ظهور الغبن لا یخلو من صعوبة لأنّ تعلیق الاسقاط باعتبار تعلیق المسقط علی تقدیر حصوله زمان الاسقاط لا بأس به کما تقدم، و لکن الاسقاط فعلا مع کون المسقط علی تقدیره أمرا استقبالیا، و انّ کان ممکنا الّا انّ نفوذه یحتاج الی قیام الدّلیل علیه؛ و لذا لا یصحّ الإسقاط بأن قال أسقطت مالی علیک لو اقترضت منّی مستقبلا، و مسألة إسقاط المعیر ضمان المستعیر قبل الإفراط و التفریط، أو بعده داخلة فی الإذن فی إتلاف المال مجانا، فیرتفع الضمان و برأیه البائع من العیوب أو الغبن أو نحو ذلک لکون الاسقاط المزبور إلغاء اشتراط السلامة أو الغبن، أو یکون الاسقاط المزبور نافذا لدخوله فی عنوان الشرط، کما لا یخفی؛ و امّا المصالحة بالغبن المحتمل فلا اشکال فیه لأنه لأنّه لا یعتبر فی المصالحة بشیء کون الحقّ ثابتا؛ بل یکفی فیه الحقّ المحتمل و تفصیل ذلک موکول الی محله.

(۱) یقع الکلام فی المقام فی غیر الجهة التی تجری فی شرط سقوط عامة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۴

....

الخیارات، و هی ان شرط سقوطها فی متن العقد داخل فی إسقاطها بنحو شرط النتیجة؛ و لا ینافی الکتاب الدال علی لزوم الوفاء بالعقود حیث انّ لزوم البیع حقّی لا حکمی بقرینة مشروعیّة الإقالة؛ و فی غیر الجهة التی تقدم الکلام فیه فی المسقط الأول و انّ اشتراط ثبوت الخیار بظهور الغبن لا ینافی إسقاطه بعد العقد أو حینه بالاشتراط لأنّه یکفی فی الإسقاط ثبوت السبب للخیار.

و الجهة التی یقع الکلام فیها فی المقام ما یقال بعدم جواز شرط سقوط خیار الغبن و خیار الرؤیة لأنّ اشتراط السقوط فیهما یوجب الغرر فی البیع، کما ذکر ذلک الشهید (قده) فی الدروس، و ذکر انّ رفع الإشکال فی شرط سقوط خیار الغبن أسهل من دفعه فی شرط سقوط خیار الرّؤیة؛ و عن الصیمری فی غایة المرام الجزم ببطلان البیع و الشرط باشتراط سقوط خیار الغبن؛ و عن جامع المقاصد التردد فی ذلک و ان ذکر انّ الظاهر جوازه و الوجه فی دعوی الغرر هو انّ الغرر یحصل فی البیع بالجهل بالمالیة؛ و لذا لا یعتبر فی البیع العلم بالصفات التی لا دخل لها فی مالیّة المبیع؛ بل یعتبر العلم بالصفات التی یوجب اختلافها الاختلاف فی المالیة؛ و أجاب المصنف (ره) عن ذلک بالمنع عن کون البیع بشرط سقوط الخیار غرریّا، لانّ المعتبر فی البیع العلم بالمبیع من حیث النوع و الصنف و کمّه و التمکن علی تسلیمه؛ و کذا فی الثمن و العلم بالقیمة السوقیة، و عدم الاختلاف الفاحش بینها و بین الثمن المسمّی لا یعتبر فی البیع و الّا لکان الجهل المزبور موجبا لبطلان البیع و لا ینفعه ثبوت الخیار الغبن، فان الخیار لا یصحح البیع مع کونه غرریا، لأنّه حکم شرعی یترتّب علی البیع الصحیح؛ و لو کان الخیار موجبا لارتفاع الغرر لصحّ بیع کل مجهول من حیث الوجود أو من حیث التمکن علی تسلیمه بشرط الخیار.

هذا بالإضافة إلی شرط سقوط خیار الغبن. و امّا بالإضافة إلی شرط سقوط خیار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۵

....

الرؤیة فالأمر فیه ایضا کذلک؛ فانّ الخیار لا یرفع الغرر فیه، بل الموجب لارتفاع الغرر فیها اشتراط الأوصاف و شرط سقوط الخیار لا ینافی اشتراطها حیث انّه لا منافاة بین اشتراطها و التزام المشتری بعدم فسخ البیع علی تقدیر تخلف تلک الأوصاف.

أقول: قد تقدم انّ اشتراط الأوصاف لا معنی لها الّا شرط ثبوت الخیار مع تخلّفها، و التزام المشتری بعدم فسخه إن کان بمعنی شرط الفعل فهو راجع الی الالتزام بترک الفسخ مع ثبوت الخیار له؛ و لذا لو فسخ نفذ الفسخ، و ان فعل حراما؛ و ان کان بمعنی عدم الخیار فهو مناف لاشتراط الأوصاف. نعم اخبار البائع بأوصاف المبیع موجب لارتفاع الغرر عن البیع. و اشتراط سقوط الخیار بتخلف بعض الأوصاف لا ینافی الأخبار المزبور.

و أمّا ما ذکر المصنف (ره) من انّ الخیار حکم شرعی یلحق بالبیع الصحیح، فهذا بالإضافة إلی مثل خیار المجلس و الحیوان من الخیارات الشرعیة التأسیسیة صحیح؛ و لکن لا یصحّ بالإضافة إلی الخیار المشترط، فانّ هذا الخیار ربّما یوجب خروج البیع عن کونه غرریّا، و بذلک یدخل فی خطاب الإمضاء.

و ما ذکر (قده) من انّ شرط الخیار لو کان موجبا لارتفاع الغرر لصحّ بیع ما یتعذر تسلیمه بشرط الخیار غیر صحیح فانّ شرط الخیار، و ان یوجب فی بعض الموارد خروج البیع عن الغرر لان الغرر الجهل الخاص، و هو الذی فیه خطر و لا خطر مع اشتراط الخیار الّا انّ الأخبار الواردة فی اعتبار الضمیمة فی بیع العبد الآبق و نحوه دلّت علی عدم الاعتبار بشرط الخیار فی تصحیح بیع ما یتعذر تسلیمه.

و الحاصل انّ شرط سقوط خیار الغبن لا بأس به و لا یوجب الغرر فی العوضین و العلم بعدم الاختلاف بین القیمة السوقیة و الثمن المسمّی غیر معتبر فی صحّة البیع و الجهل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۶

[الثّالث: تصرّف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخیارات المتقدمة]

الثّالث: تصرّف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخیارات المتقدمة (۱).

بها حال البیع، کالجهل بها بعد البیع فی عدم کونه قادحا فی صحّة البیع و لزومه، و ان شرط سقوط خیار الرؤیة مع إحراز الأوصاف، و لو بإخبار البائع لا یوجب ایضا الغرر فی البیع و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) تصرف المغبون فیما انتقل الیه بعد علمه بغبنه مسقط لخیاره، و یستفاد ذلک ممّا دلّ علی سقوط خیاری المجلس و الشرط بتصرّف ذی الخیار فیهما. و وجه الاستفادة ان النصّ الدال علی سقوط الخیار بالتصرف وارد فی خیاری الحیوان و الشرط، و لکن وقع الإجماع علی انّ تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه إجازة للبیع و تصرّفه فیما انتقل عنه فسخ.

و یظهر ایضا من التعلیل الوارد فی سقوط خیار الحیوان بالتصرف انّ رضی ذی الخیار ببقاء البیع مسقط لخیاره، و علی ذلک فیؤخذ فی الحکم بسقوط خیار المغبون بتصرفه فیما انتقل الیه بعد العلم بالغبن بذیل الإجماع و عموم التعلیل؛ و یضاف الی ذلک انّ المدرک لخیار الغبن؛ امّا قاعدة نفی الضرر أو الإجماع و القاعدة کما لا مجری لها فی صورة الإقدام بالضرر کذلک لا تجری فی موارد الرضا بالضّرر، و الإجماع ایضا علی الخیار مع التصرف فیما انتقل الیه بعد العلم بغبنه مفقود.

و لکن هذا الوجه المضاف لا یثمر فی المقام فإنّ غایة الأمر قاعدة نفی الضرر لا تثبت بقاء خیار الغبن مع التّصرف کما انّه لیس فی البین إجماع علی بقاء الخیار مع التصرف بعد العلم بالغبن و یتمسک فی بقاء الخیار للاستصحاب فالعمدة التشبّث بذیل الإجماع علی ان تصرف ذی الخیار مسقط لخیاره، و بالتعلیل الوارد فی خیار الحیوان من انّ تصرّف المشتری الحیوان فیه رضاء بالبیع.

و لکن هذا التشبث ایضا لا یخلو عن المناقشة لأنّهم ذکروا بعدم سقوط خیار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۷

....

الغبن بتصرف المغبون، و يمكن ان يؤخذ بإطلاق عدم السقوط فى كلامهم حيث يعمّ التصرّف بعد العلم بالغبن ايضا، و لكن لا يبعد اختصاصه بالتّصرّف قبل العلم بالغبن، كما صرّح بذلك الاختصاص الشهيد الثانى فى المسالك و تبعه جماعهٔ، و مع هذا الاختصاص يؤخذ بمقتضى التعليل الوارد فى خيار الحيوان، و الحكم بسقوط خيار الغبن بالتصرف بعد العلم بالغبن؛ بل مقتضاه كون التصرف قبل العلم بالغبن ايضا كذلك فإنّه لا فرق بين خيار الغبن و خيار التدليس حيث ذكروا فى خيار التدليس بسقوطه بتصرف ذى الخيار، و لو قبل علمه بالتدليس و كذا الأمر فى خيار العيب.

و الاعتذار عن السقوط فى خيار العيب و التدليس بالنص غير صحيح لانّ النص وارد فى خيار العيب لا التدليس؛ فينبغى فى خيار التدليس ملاحظهٔ دليله.

و على كل تقدير فان كان تصرّف المغبون بعد العلم بغبنه دالا على رضاه ببقاء البيع و الإغماض عن خياره فهو و الّا فمقتضى استصحاب بقاء الخيار عدم سقوطه بسائر التصرف.

أقول: المراد بالتصرف الموجب لسقوط الخيار بعد العلم بالغبن يعمّ التصرف المتلف و الناقل و التّصرّف الانتفاعى، و كل هذه التصرفات فيما إذا كان بقصد إقرار البيع و الإغماض عن الخيار فلا إشكال فى كونه مسقطا فإنّه لا يعتبر فى الإسقاط ان يكون بالقول. و امّا إذا لم يكن بذلك بل كان لأجل كون المال ملكه فعلا فله ذلك التصرفى مع التردد فى الفسخ أو مع الجزم به، كما إذا علم المغبون غبنه و بنى على فسخه، و مع ذلك باع العين لأنّه رأى انّ إبقائها للاسترداد الى بائعها يوجب فساده أو سقوطها عن الماليّهٔ، و نحو ذلك؛ فلا يكون التصرّف النّاقل مسقطا فضلا عن غير الناقل، و ما تقدم فى خيار الحيوان من كون التصرّف الانتفاعى من الحيوان مسقطا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۸

[الرابع تصرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن]

ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف (۱).

كان من قبيل التعبد بصغرى الإسقاط فى بعض الموارد، و لا يعمّ ذلك غير مورده فضلا عن سائر الخيارات.

كما انّ دعوى ان بقاء العين يعتبر فى الخيار المشروط بالشرط الارتكازى يدفعها ملاحظهٔ ما تقدم من المثال، و مما ذكرنا يظهر انّ التصرّف الناقل، و غير الناقل فيما إذا كان قبل العلم بالغبن بقصد إقرار البيع على تقدير الغبن واقعا ايضا مسقط و بغير ذلك الداعى لا يسقط الخيار بل المغبون بعد فسخه البيع يرجع بماله الى الغابن على تقدير عدم بقاء العين.

و دعوى تضرر الغابن بذلك يدفعها انّ العين لو كانت مثليّا فقد أخذ البائع بدل ماله، و ان كانت قيميّهٔ كان بيعها اقداما على أخذ قيمتها مع ما تقدّم من انّ قاعدهٔ نفى الضرر لا ينفى الحكم، أو الحق فيما إذا كان فى كل من ثبوته و نفيه ضرر، كما لا يخفى. فقد تحصّل من جميع ما ذكر ضابط التصرّف المسقط و التصرّف غير المسقط بلا فرق بين كون المغبون هو البائع أو المشترى، حيث لا وجه للقول باختصاص ما ذكر بما إذا كان المغبون مشتريا فلا حظ و تدبّر.

(۱) لو بنى انّ تصرف المغبون مع جهله بالغبن فيما انتقل اليه يوجب سقوط خياره، و المراد بالتصرّف ما كان من قبيل النقل اللازم أو فكّ الملك كالوقف و العتق أو من قبيل إيجاد المانع عن ردّ العين كالاستيلاد أو كان من تلف العين فلا يفرّق بين كون المغبون هو

المشتری أو البائع. و عن جماعة اختصاص سقوط الخیار بالتصرف المزبور بما کان المغبون هو المشتری، و لم یعلم وجه لذلک الّا أن یقال سقوط خیار المغبون بالتصرّف حال جهله بغبنه مخالف لمقتضی الخیار الثابت بقاعدة نفی الضرر، فیقتصر فی مخالفة دلیل الخیار بمورد الیقین و هو المشتری. و امّا إذا کان المغبون هو البائع فیکون له الخیار بعد ظهور غبنه، و بعد فسخه البیع یردّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۹

....

الثّمن إلی المشتری و یأخذ منه بدل المبیع مثلیّا کان أم قیمیّا.

أقول: قد تقدّم انّه لا موجب لسقوط الخیار بتصرّف المغبون مع جهله بالغبن إلّا إذا کان ذلک التصرّف بقصد الإغماض عن الخیار علی تقدیر غبنه، و لا فرق فی هذا الإسقاط الفعلی بین کون المغبون بایعا أم مشتریا، و یؤخذ فی غیر هذا الفرض بمقتضی الخیار، و هو تعلّق الحق بفسخ البیع و بعد فسخه یرجع الغابن الی بدل ماله.

لا یقال: لو فرض العین بتصرّف المغبون تالفا و یکون فسخ البیع موجبا لانحلاله من حین الفسخ لا من الأوّل فیرجع ما بید الغابن الی ملک المغبون و التالف بید المغبون لا یمکن رجوعه الی ملک الغابن لانّه من قبیل تملّک المعدوم، و کذا إذا انتقل المال بتصرّف المغبون الی الغیر بالملک اللازم أو فکّ الملک فانّ لازم انحلال البیع بفسخ المغبون انحلال التصرّف المزبور ایضا، و کیف یرجع الغابن فی جمیع ذلک الی بدل ماله.

فإنّه یقال للتالف فی اعتبار العقلاء جهات خصوصیّة عینیّة و جهة نوعیّة و جهة مالیة، و یکفی فی فسخ المعاملة الجاریة علی الشخص إمکان ردّ ذلک الشخص و لو ببعض جهاته فیکون ردّه فی جهتی نوعیته و مالیته فیما کان مثلیّا و بجهة مالیته فیما إذا کان قیمیّا کما أوضحنا ذلک فی التکلّم فی معنی حدیث علی الید ما أخذت حتی تؤدّی و تعلّق الخمس و الزکاة بالعین بنحو الإشاعة فی المالیة.

و کذا الحال فیما إذا کان تصرّف المغبون موجبا لعدم إمکان ردّ الخصوصیة کالاستیلاد أو انتقال ذلک المال الی الآخر أو فکّ الملک.

و الحاصل کلّما کانت العین علی ملک المغبون و لم یکن مانع عن ردّها الی الغابن فیستحقّ الغابن بالفسخ تلک العین و الّا یأخذ البدل و لا فرق فی ذلک بین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۰

و فی لحوق الامتزاج مطلقا أو فی الجملة (۱).

عدم خروجها عن ملک المغبون أصلا أو رجوعها الیه بعد خروجها، حیث انّ الرّدّ بالسبب السابق بعد الفسخ و المفروض کونه حلا للبیع من حینه لا من الأصل.

ثم بناء علی کون تصرّف المغبون مع جهله بالحال مسقطا لخیاره، فلا یسقط خیاره بالتصرّف الذی یخرج به المال عن ملکه، و لکن لا بنحو اللزوم، لانّ الدلیل علی مسقطیة التصرّف هو عدم إمکان ردّ العین، و یمکن للمغبون بعد علمه بغبنه ردّ العین و لو بفسخ ذلک الناقل، و بهذا یظهر الحال فی التصرّف الذی لا یخرج به العین عن ملک المغبون فعلا، کما فی تدبیر العبد أو الوصیّة بما انتقل الیه حیث یکون فسخ البیع بعد ظهور الغبن إبطالا للتدبیر و الوصیّة، بل یمکن ان یقال بعدم سقوط خیار الغبن فیما إذا ارتفع المانع عن الرّدّ کموت ولد أمّ الولد أو حصول الفسخ فی الناقل اللازم بعیب أو فسخ أو بالإقالة فإنّ مع ارتفاع المانع أو حصول الفسخ المزبور یمکن للمغبون مع ظهور غبنه ردّ ما انتقل الیه و استرداد ماله.

و ربّما یبنی بقاء خیار الغبن و سقوطه بحصول الفسخ فی النقل علی انّ الزّائل العائد أی ملک المغبون ما انتقل إلیه الذی زال و عاد

كالذى لم يعد.

و كـذا الكلام فيما إذا رجع الملك الى المغبون بناقل جديـد، و يمكن القول بسـقوط خيار الغبن فى الفرض لانّ هـذا التملك بسـبب جديد لا زوال للسبب الأول ليقال مقتضى زواله كأنّه لم يحصل.

و هـل اجـارة المغبون العين المشتراة كالنقـل اللازم فى كونها مسـقطة لخياره، أو انّه له الخيار فيفسـخ البيع بعـد ظهور غبنه فيرجع الى ملـك الغابن، كما يرجع الغابن الى عوض المنفعـة الفائتـة بالإجارة و لو ظهر الغبن بعـد انقضاء مـدة الإجارة فلا تكون الإجارة السابقة مسقطة لخيار الغبن لإمكان الردّ.

(۱) و لو فرض امتزاج ما انتقل الى المغبون بغيره من ماله فان كان الامتزاج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۱

....

المزبور موجبا لاسـتهلاكه أو خروجه مع غيره إلى شـىء ثالث كما فى إلقاء الملـح فى الطعام أو امتزاج الخلّ بالعسل، فهـذا القسم من الامتزاج يوجب سـقوط خياره، بل يسـقط خياره بالامتزاج و لو كان بمثله لانّ حصول الشركة بالفسخ مانعة عن ردّ العين و جواز ردّها هو الثابت فى مورد الغبن على ما تقدم.

أقول: هـذا بناء على اعتبـار الردّ المزبور فى جواز فسـخ المغبون، و أمّا بنـاء على مـا ذكرنـا من تعلّق الخيـار بالعقـد و لا يعتبر فيه بقاء العوضـين فـانّ كـان فسـخ المغبون العقـد بعـد الامـتزاج و ظهور الغبن فهـل يرجع الغابن الى بـدل ماله أو انّه يحصل الشـركة بالفسـخ المزبور، و لا يسـتحقّ الغابن إلّا مطالبة المغبون بالقسمة فقيل انّه يحسب الامتزاج تلفا سواء كان موجبا لاستهلاك المال أو خروجه الى ثالث، أو كان الامتزاج بمثله لانّ ما جرى العقد عليه لا يمكن ردّه فيرجع الى بدله.

أقول: الظاهر انّ الامتزاج الموجب للاسـتهلاك كـذلك؛ و امّا فى غيره فيحصل الشـركة بحسب الماليۀ، كما فى خروجه بالامتزاج الى ثالث، أو مزجه بالأردء أو الأجود، و فى الامتزاج بمثله يحصل الشـركة بحسب الكمّيّة، و ذلك فانّ الامتزاج لو كان موجبا لتلف المال مطلقـا لجـاز للمغبون التصـرف فى المـال الممزوج بعـد الفسـخ، و لو قبـل أداء البـدل، لـانّ المال الموجود خارجا ليس ملكا للغابن و المغبون معا على الفرض، و ما ذكر فى مورد تلف العين حقيقة من عدم جواز تصـرّف الضامن فى بقايا العين الخارجية قبل أداء البدل لـا يجرى فى المقـام فلا حظ. و ايضا يلزم أن يكون المال الممزوج بلا مالك فيما إذا حصل الامتزاج بفعل شـخص ثالث فإنّه باعتبار كون المزج تلفا للمالين فيضمن المال لكل منهما و لا يحصل ملك الضامن الّا بدفع البدل كما لا يخفى.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۴، ص: ۲۰۱

و أمّا إذا كان تصرّف المغبون موجبا لنقص ما انتقل اليه أو حصل هذا النقض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۲

و اما تصرف الغابن فالظاهر انه لا وجه لسقوط خيار المغبون (۱).

بنفسه بكون حصوله موجبا لسقوط خيار المغبون عند المصنف و لا يكون عندنا موجبا للسقوط غاية الأمر على المغبون بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصـل فى تلـك العين. و من العجب ان ظاهر المصـنف (ره) الجزم بسـقوط خيار المغبون بالنقص هنا، و احتمل عـدم

سقوط خيار المغبون بإجارة العين مع انّ إجارتها نقص فى منفعة العين كما لا يخفى.

و امّا إذا كـان التغيّر فى العين بالزيادة فمع كونها حكميّا فلا يسـقط الخيار عنـد المصـنف (ره) بخلاف ما إذا كانت عينيّـة فقط أو مع الحكمية فإن مع حصول الشركة بالفسخ لا يمكن ردّ العين المعتبر فى بقاء الخيار.

(۱) إذا فسـخ المغبون البيع بعـد ظهور الغبن و وجد عين ماله انّه قد تصـرّف فيه الغابن بتصـرّف ناقل لازم أو فكّ ملك، فهل يسـتحقّ المغبون مطالبة الغابن بالبدل أو انّه يكون مسـلطا على إبطال ذلك التصـرّف من أصـله، كما فى تسـلط المرتهن على إبطال بيع الراهن عين المرهونة، و تسـلط الشـفيع على إبطال بيع من عليه الشـفعة الحصّة من آخر أو انّ المغبون يكون مسـلطا على إبطال تصرّف الغابن من حين فسخه البيع فيصحّ ذلك التصرّف من الغابن الى زمان حصول فسخ البيع ذكر (ره) لكل من الاحتمالات الثلاثة وجها.

و قال فى وجه تسلّط المغبون على إبطال ذلك التصـرّف من أصـله انّ العين بيد الغابن كان متعلّقا بحق المغبون فيكون تصرّف الغابن متزلزلا ـ من الأول، كما فى بيع الراهن العين المرهونـة و لانّ المغبون بفسـخه البيع الواقع بينه و بين الغابن يتلقّى العين من الغابن و لازم ذلك انحلال تصرّف الغابن من أصله و الّا يكون تلقّى المغبون العين ممن انتقل اليه عن الغابن.

و فى وجه تسلّط المغبون على إبطال التصرّف المزبور من حين فسخه البيع الأوّل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۳

....

انّ التصـرّف المزبور قد وقع من الغابن فى ملكه و حقّ المغبون بفسخ البيع يحصل حين ظهور الغبن فلا وجه لبطلان ذلك التصرّف الّا من حين حصول فسخ الأول.

و فى وجه رجوع المغبون بالبدل من غير ان يكون فسـخه موجبا لانفساخ تصرّف الغابن من أصله، أو من حين الفسخ باعتبار انّ الخيار باعتبار عـدم تحقّقه الّا بعد ظهور الغبن لا يمنع عن نفوذ ذلك التصـرّف. و لذا ذكر غير واحد من الأصـحاب من المانعين عن تصـرّف من عليه الخيار فى المال الـذى انتقل اليه بلا رضا ذى الخيار ان تصـرّف الغابن قبل ظهور الغبن للمغبون و تصـرّف من عليه الخيار قبل ظهور العيب للمشترى لازم باعتبار وقوع ذلك التصرّف فى زمان لا يكون فيه للمغبون أو مشترى المعيوب خيار.

و اختار (ره) هذا الوجه و انّ لزوم تصـرفات الغابن و رجوع المغبون الى بدل ماله بعد ظهور الغبن و فسـخه هو المتعيّن. أقول: قد تقدّم عدم تعلّق الخيارات، و منها خيار الغبن الّا بالعقد لا بالعوضين؛ و عليه فلا بأس لمن عليه الخيار التصرّف فيما انتقل اليه بتصرّف ناقل أو غيره، و بفسخ من له الخيار يكون السبب السابق على البيع موجبا لرجوع ماليّة ذلك المال الى الفاسخ فى ضمن القيمة أو المثل.

و بهذا يظهر الحال فى استيلاد الغابن الأمة المشتراة من البائع المغبون فإنّ البائع بعد ظهور الغبن و فسـخه البيع يرجع الى قيمتها كما هو مقتضـى عـدم جواز تملكها لغير مولاها، كما انّه لو وجد المغبون بعد فسخ البيع العين قد انتقلت الى الآخر بنقل جائز لا يجوز له فسـخ ذلك النقل لأنّه أجنبى بالإضافة الى ذلك النقل و انّما يكون جوازه بالإضافة إلى الغابن، و ايضا لا يجب على الغابن فسخ ذلك النقل و ان طالبه المغبون، لانّ العين لا تـدخل بفسـخ المغبون فى ملكه. و انّما يكون له ماليتها على ما تقدّم. و انّما يكون العين للمغبون فيما إذا كانت حين الفسخ أو بعده فى ملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۴

....

الغابن بانحلال النقل الجائز، أو اللازم، لا ما إذا انتقلت الى الغابن بتملك جديد، فانّ مع المملك الجديد لا يكون السـبب السابق على بيع المغبون موجبـا لرجوع تلـك العين الى ملـك المغبون، بـل يرجع اليه بماليتهـا، كمـا ذكرنـا. و بتعـبير آخر السـبب السـابق على بيع

المغبون مع انحلال تصرّف الغابن فی العین یوجب رجوع تلک العین الی ملک المغبون بفسخه، و إذا کان رجوع العین الی ملک الغابن بملک جدید لا بمقتضی البیع الغبنی الذی فسخه المغبون فلا یکون السبب السابق علی بیع المغبون مقتضیا لرجوعها الی ملک المغبون.

و دعوی انّ البدل الذی ملکه المغبون بالفسخ من قبیل بدل الحیلولة عن العین و مع تمکن الغابن علی إرجاع تلک العین الی المغبون یتعین علیه ذلک لا یمکن المساعدة علیها أولا: لعدم الأساس لبدل الحیلولة. و ثانیا: انّ المقام لیس من ذلک البدل لانّ بدل الحیلولة ینحصر بما إذا کان المبدل باقیا علی ملک المضمون له. و فی المقام لا یمکن أن تکون العین باقیة علی ملک المغبون فإنّه قد تصرّف الغابن فی تلک العین بتصرّف مخرج له عن ملکه مع عدم انحلال ذلک التصرف.

و ظاهر المصنف (ره) انّه لو کان انحلال تصرّف الغابن و عود العین الی ملکه بعد فسخ المغبون فلا یستحقّ ایضا المغبون المطالبة بالعین لانّ المغبون بفسخه البیع قد تملّک البدل علی الغابن. و فیه ما تقدّم من انّ الفسخ لا یوجب الّا انحلال الناقل، و السبب السابق علی ذلک الناقل یقتضی عود المالین الی مالکهما الأصلیین مع بقاء العینین و عدم وجود ناقل آخر غیر منحلّ و لا منع ان یقتضی السبب السابق علی بیع المغبون عود القیمة إلی ملک المغبون قبل انحلال تصرف الغابن.

و عود تلک العین بعد انحلاله فیما إذا لم یأخذ المغبون قیمة العین قبل ذلک. و امّا مع أخذه القیمة لا یقتضی السبب السابق شیئا لسقوط ما للمغبون بأخذه القیمة، کما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۵

فان کان بالنقیصة فاما أن یکون نقصا موجبا للأرش (۱).

لا یخفی.

(۱) یحتمل أن یکون مراده (قده) عن النقص الموجب للأرش فقد وصف الصحّة أو وصف الکمال الأول کما فی قطع الثوب؛ و الثّانی: کما فی سقوط الحیوان عن السمن الذی کان علیه حال العقد فانّ المغبون بعد فسخه یرجع بالعین مع أرش التفاوت؛ و المراد بالنقص غیر الموجب للأرش ما کان النقص خارجیا، و لکن لا یختلف القیمة بذلک النقص، کما إذا أخذ من بعض شعر الفرس المشتری و نحو ذلک، فانّ المغبون بعد فسخ البیع یرجع بالعین من غیر أن یرد علیه شیء لأنّ النقص المزبور لم یوجب اختلافا فی القیمة و تعلیل الأرش فی النقص الموجب للاختلاف فی القیمة بما ذکر من انّ مع الفسخ قد رجع تمام العوض الی الغابن فیرجع تمام المعوض الی المغبون فیکون تلف الوصف بید الغابن کتلف الجزء بیده، فیتدارک الجزء التالف أو الوصف التالف بالبدل لا یخلو عن المناقشة کما یأتی.

و لکن الظاهر انّ مراده بالنقص الموجب للأرش تلف وصف الصحة فإنّ هذا الوصف هو المعروف بموجب الأرش فی البیع؛ و المراد من غیر الموجب له تلف وصف الکمال و علی ذلک فیرد علیه انّ ضمان وصف الصحة لیس باعتبار وقوع العوض بإزاء العین و وصف صحتها لیلزم من رجوع تمام العوض الی ملک الغابن رجوع تمام المعوّض الی ملک المغبون بل وصف الصحة کأوصاف الکمال لا یقابلها شیء من العوض؛ و انّما تکون موجبة لزیادة العوض المبذول بإزاء نفس الموصوف.

و لذا لا یکون ظهور العیب فی المبیع کاشفا عن بطلان البیع فی بعض الثمن، و الّا لم یکن فرق بین وصف المبیع و جزئه.

و الحاصل: لا-فرق بین وصف الصحة و وصف الکمال فی انّ الموجب للضمان فیهما أمر واحد و هو جریان ید الغابن علی المال بذلک الوصف حیث انّ الضمان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۶

....

ما دام البیع معاوضی و لا یدخل فیه الوصف، و بعد انحلال البیع الضمان للید و هو یعمّ وصف الصحّة و وصف الکمال معا.
لا یقال: إذا کان حصول النقص فی العین بعد فسخ المغبون فلا ینبغی الریب فی ضمان الغابن ذلک الوصف باعتبار کون المال بیده ملک للغیر، فیضمن تلف وصفه سواء کان بفعله أو فعل الغیر أو بحصوله بأمر سماوی؛ و امّا إذا کان حصوله قبل فسخ المغبون فلا موجب لضمان الغابن لانّ انحلال البیع یکون من حین الفسخ و لا وصف للعین فی ذلک الحین لیجزی علیه ید الغابن فإنّه یقال قد تقدم انّ البیع الواقع علی شیء مع الوصف له بقاء یتعلّق الفسخ بذلک البیع فیرجع المبیع فی ذلک الوقت الی ملک الفاسخ بالسبب السابق علی البیع. و ان کان مبدء الرجوع حین الانحلال فیرجع الباقی بعینه و التالف ببدله و مالیته، کما ذکرنا سابقا، و لو کان انحلال البیع من حین الفسخ موجبا لعدم ضمان الوصف الفائت قبل ذلک لزم عدم المعنی للفسخ فیما إذا تلف العین بید الغابن قبل فسخ المغبون.
و مما ذکرنا یظهر الحال فیما وجد المغبون العین بعد فسخه مستأجرة فان المصنف (ره) و ان ذکر رجوع المغبون بتلک العین مع بقاء الإجارة بحالها، و لا یستحق علی الغابن أو المستأجر شیئا لأنّ المنفعة الّتی ملکها الغابن للمستأجر کانت من الزوائد المنفصلة التی استوفاها الغابن، و یأتی کون تلک الزوائد للغابن من غیر ان یوجب علیه ضمانا، و احتمال بطلان الإجارة بالإضافة إلی المدة الباقیة، کما یظهر من المحقق القمی (قده) بدعوی انّ ملکیة المنفعة للغابن کانت متزلزلة غیر صحیح، لأنّه یکفی فی صحة الإجارة کون الموجر مالکا فی زمان الإجارة المنفعة التی یملّکها للمستأجر، و هو حاصل فی المقام الّا انّ الإجارة المزبورة یوجب النقص فی العین بحیث تختلف قیمة العین مع ملاحظة الإجارة المزبورة مع قیمتها
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۷
و ان کان التغییر بالزیادة فإن کانت حکمیة محضة (۱).

بدونها؛ و لذا یکون علی الغابن الأرش دون اجرة المثل للمدة الباقیة و المنافع التی لا یوجب الأرش علی الغابن هی التی حدثت فی ملکه. و امّا إذا کانت حال البیع و أوجب استیفائها نقصا فی قیمة العین فهی داخلة فی الضمان، و یجب علی الغابن أرش نقص القیمة.
و ما ذکر العلّامة (ره) فی مسألة التفاسخ للاختلاف من انّه یکون علی المشتری المؤجر أجرة المثل للمدة الباقیة غیر صحیح فان المغبون مع الفسخ أو التفاسخ یرجع الی صاحبه بالأرش لا بأجرة المثل و تفرقة المصنف (ره) بین فسخ المغبون و التفاسخ لا یرجع الی محصل فتدبّر جیدا.
(۱) ان کانت الزیادة حکمیة محضة و المراد بها عدم تحقق شیء یکون بإزاء الزیادة فی مقابل ما یکون بإزائها فی الخارج عین کغرس الشجر فی أرض اشتراها من بایع مغبون فانّ کانت تلک الزیادة الحکمیة موجبة لزیادة قیمة العین یکون فسخ المغبون موجبا لاشتراک الغابن مع المغبون بنسبة تلک الزیادة بأن تقوم العین مع تلک الزیادة و تقوم بدونها فیحصل الاشتراک بتلک النسبة، کما إذا قیل انّ العین معها یساوی مأة درهم، و بدونها ثمانین فیشترک الغابن مع المغبون بالخمس.
و امّا إذا لم یوجب تلک الزیادة تفاوتا فی القیمة فترجع العین الی ملک المغبون بالفسخ، و لا یکون علیه ضمان عمل الغابن فانّ عمله حصل فی العین حال کونها ملکا، و عمل الشخص فی ماله غیر مضمون علی أحد.
و عن النائینی (قده) انّ الاشتراک فیما إذا کانت الزیادة بفعل الغابن بأن یکون عمله علة تامة لتلک الزیادة. و امّا إذا کانت بفعل اللّه و لو کان بعض معداته من الغابن کتعلیف الدابة و اشرابها بالإضافة إلی حصول سمنها أو لم یکن بفعل أحد کاشتداد حموضة الخل بید الغابن فلا وجه لحصول الشرکة، فإنّ الحاصل خارجا أمر
إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۸

....

یتبع العین فی الملک خروجا و دخولا، فان من ملک العین ملک سمنها بخلاف ما إذا کانت حاصلة بفعل الغابن کصبغ الثوب، فان الصبغ من حیث کونه من فعل الغابن ملک له.

أقول: الظاهر عدم الفرق فی جمیع فروض الزیادة الحکمیة فی انّ العین بعد فسخ المغبون تکون ملکا له من غیر اشتراک فی العین أو القیمة حیث انّه لا یمکن التفکیک بین العین و وصفه فی الملک بان یکون العین ملکا لأحد و وصفها ملکا لآخر، و لو لم یکن فعل الغابن الّا موجبا لحصول الوصف فی العین فالوصف یتبع العین فی الملک دخولا و خروجا. و امّا نفس العمل فالمفروض حصوله فی العین حال کونها ملکا للغابن و الشخص عمله فی ماله غیر مضمون علی الآخر، کما تقدم، و انّما یضمن فیما إذا وقع بمال الغیر مع الأمر به أو المعاملة علیه کما لا یخفی.

ثمّ انّ ظاهر المصنف (ره) کون الشرکة مع الزیادة الحکمیة و شبهها شرکة عینیّة، و لکن هذه الشرکة باطلة جزما فانّ لازمها أن یکون الغابن مشترکا مع المغبون فی العین حتّی بعد فرض زوال تلک الزیادة، کما إذا زال سمن الدابة أو زال لون المبیع؛ و لذا وجّه السید الیزدی (ره) الشرکة فی المالیة بأن یکون الغابن مشترکا مع المغبون فی القیمة ما دامت تلک الزیادة باقیة، فتزول الشرکة بعد زوال ذلک الوصف.

أقول: لازم ذلک الالتزام بالشرکة فی المالیة فیما إذا زادت القیمة السوقیة للمبیع بید الغابن، کما إذا کان قیمته السوقیة وقت البیع مأتین و صارت فی ملک الغابن قبل فسخ المغبون ثلاثمائة، فیلزم ان یشترک الغابن مع المغبون فی المالیة بالثلث ما دامت القیمة السوقیة کذلک، و کما انّ القول بهذه الشرکة غیر صحیح لأنّ القیمة تابعة لملک العین کذلک فی الزیادة الحکمیة علی ما تقدم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۹

و لو کانت الزیادة عینا محضا کالغرس (۱).

و بالجملة لا یمکن بحسب اعتبار العقلاء التفکیک بین الموصوف و وصفه فی الملکیة بأن یکون الموصوف ملکا لشخص و وصفه ملکا لآخر. و انّما یمکن التفکیک فیما إذا کانت للزیادة عینیة یمکن فصلها علی العین کاللبن المکوّن فی ضرع الحیوان بین العقد و فسخه، و علی ذلک فلو سمن الحیوان بید المشتری الغابن و لو بتعلیفه یکون فسخ البیع موجبا لرجوعه الی ملک المغبون من غیر موجب لشرکة الغابن فیه.

و مما ذکرنا یظهر انّه لو کان لفعل الغابن أثر توجب زیادة قیمة العین فلا یوجب ذلک الأثر حصول الشرکة بالفسخ، و لو کان فعل الغابن علة تامة بالإضافة الی ذلک الأثر کما تقدم.

(۱) إذا کانت الزیادة عینیة محضة یمکن فصلها عن المبیع کالغرس و الزرع فیقع الکلام فی انّه هل یجوز للمغبون قلع الغرس بلا أرش للغابن کما ذکره العلامة فی المختلف فی الشفعة فیما إذا وجد الشفیع الصفقة مغروسة بید المشتری أو انّه لا یجوز له القلع أصلا بل علیه الصبر الی فناء الغرس فیکون له مطالبة الأجرة علی بقاء الغرس فی أرضه، کما ذکروا ذلک فیما إذا أفلس مشتری الأرض بعد غرسها فانّ لبائعها الرجوع الی الأرض و لا یجوز له قلع الغرس بل یضرب اجرة بقائه مع سائر الغرماء، أو انّه یجوز له القلع مع أرش الغرس کما عن المسالک فی المقام، و فی غرس المستعیر الأرض المستعارة فیکون الاحتمالات فی المسألة ثلاثة.

و ذکر فی وجه الأول انه بفسخ المغبون ترجع الأرض إلی ملکه فیکون الغرس المملوک للغابن نظیر مال الغیر فی المکان المملوک للغیر فی انّ لمالک المکان مطالبة مالک المال بإفراغه حتی فیما کان الإفراغ موجبا لتنزل قیمة ذلک المال.

و فی وجه الثانی: انّه لا یقاس غرس الأرض المرجوعة الی ملک المغبون بالمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۱۰

....

الموجود فى مكان مملوك للغير و ذلك فانّ المال المزبور بعد نقله الى مكان آخر هو ذلك المال و لو مع تنزل قيمته السوقية بالنقل بخلاف الغرس فانّ المغروس بما هو شجر ملك للغابن و وصف كونه منصوبا مقوم له، و بعد قلعه لا يكون شجرا، و إذا كان الغرس بما هو منصوب و شجر ملكا للغابن يكون قلعه إتلافا لذلك المال، فلا يجوز كما يقتضيه مفهوم قوله (ص) ليس لعرق الظالم حق حيث انّ المفهوم لعرق غير الظالم حق فيكون لمالك الغرس حق البقاء، و لو مع الأجرة لمالك الأرض.

و فى وجه الثالث ان كون الشجر ملكا للغابن لا- يوجب استحقاقه إبقاء الغرس على أرض الغير و لا يوجب ايضا قياس الغرس ببقاء اجارة الغابن الأرض التى اشتراها حيث تقدّم انّ مع رجوع الأرض إلى ملك المغبون تبقى إجارتها بحالها؛ و الوجه فى عدم القياس انّ منفعة الأرض بعد كونها ملكا لموجرها تدخل بالإجارة فى ملك مستأجر الأرض بخلاف استحقاق الغرس فى زمان فإنّه لا يوجب استحقاق بقاءه.

و اختار المصنف (ره) الوجه الأخير. و أضاف انّه كما لا يكون لصاحب الغرس حق فى الأرض كذلك لا يكون لمالك الأرض حق فى الغرس فلكل منهما ماله؛ غاية الأمر، إذا أراد صاحب الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس أى تفاوت قيمة الشجر منصوبا على الأرض و بين قيمته مقلوعا كما انّه إذا أراد صاحب الغرس القلع و أوجب ذلك الحفر فى الأرض فعليه طمّ الحفر.

لا يقال قيمة الغرس بما هو شجر و منصوب مملوك للغابن مقتضاه استحقاقه بقاء الغرس على الأرض فإنّه يقال قيمة الغرس شجرا، و قيمته مقلوعا تختلفان فإنّه بالقلع قد يلحق بالحشيش أو الحطب، بخلاف كونه منصوبا، و بما هو شجر فانّ له قيمة، و ان لم يكن مالكه مستحقا لإبقائه فى تلك الأرض، و لذا ربّما تقدم مالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۱۱

....

الأرض لاشترائه، و لا- يباع منه بقيمة الحشيش أو الحطب. و حاصل ما ذكر تفاوت قيمة الغرس منصوبا مع استحقاق القلع لمالك الأرض و قيمته مقلوعا هو الأرش لا ما يظهر من المصنف (قده) من تقويم الغرس مع ملاحظة نصبه دائما مع قيمته مقلوعا، فان لحاظ كونه منصوبا دائما هو عبارة أخرى عن فرض استحقاق مالك الغرس إبقائه و لو مع الأجرة لمالك الأرض.

أقول غرس الأرض المشتراة لا تكون كاجارتها إلى مدة حيث تقدم انّ مع فسخ البائع المغبون لا تبطل الإجارة المزبورة و ان الإجارة استيفاء لمنفعة الأرض الموجودة حال البيع بعد دخول تلك المنفعة فى ملك المشترى تبعا لملك العين غاية الأمر يكون للبائع بعد فسخ البيع المطالبة بأرش النقص الحاصل فى المبيع فى يد المشترى بخلاف غرس المشترى الأرض بعد اشترائها، لانّ الغرس استعمال الأرض بغرسها ما دام الغرس لا ما دام يصلح المغروس للعمر بحسب نوعه أو صنفه و جواز استعمال الأرض بالغرس أو نحوه من أثر ملك الأرض و بعد رجوعها الى ملك بائعها بالفسخ ينتهى الجواز المزبور فلا بدّ من بقاء الجواز من موجب آخر، و هو غير حاصل على الفرض بل أصول المغروس يدخل فى عنوان عرق ظالم بقاء.

و بهذا يظهر انّه لا- يكون على البائع المغبون أرش كون الغرس منصوبا لأنّ الأرش يثبت ما إذا كان مالك الغرس مالكا للنصب المتلف، و المفروض عدم استحقاقه ذلك الوصف بانتهاء البيع بالفسخ و رجوع الأرض إلى مالكها.

و مما ذكرنا انّه لا- يقاس المقام بما إذا كان للشخص أرض مغروسة و باع الأرض دون غرسها حيث لا يجوز لمشترى الأرض قلع الغرس بل لا- يجوز له مطالبة الأجرة على الغرس حيث انّ المستثنى عن المبيع الغرس بما هو غرس مثبت فى تلك الأرض إلى آخر

عمره؛ و من هذا القبيل إرث الزوجة من قيمة البناء و الغرس دون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۱۲

....

نفس العرصة، و أعيانهما حيث يلاحظ فى تقويم البناء و الغرس بقائهما على تلك الأرض إلى آخر عمرهما بلا اجرة، كما ظهر عدم الفرق فيما ذكر من عدم الأرش لمالك الغرس بقلعه بين الفسخ بخيار الغبن أو بخيار التفليس أو بالتفاسخ. و ان وصف النصب المتلف لا يستحقّه بالفسخ مالك الغرس ليكون على القالع ضمانه.

نعم لو فرض فى مقام ضمان القلع كان على الضامن قيمة الغرس كما يشهد لذلك موثقة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل اكترى دارا و فيها بستان فزرع فى البستان و غرس نخلا و أشجارا و فواكه و غير ذلک و لم يستأمر صاحب الدار فى ذلک قال (عليه الكراء و يقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمة عدل و يعطيه الغارس ان كان استأمره فى ذلک، و ان لم يكن استأمره فى ذلک فعليه الكراء و الزرع و الغرس يقلعه و يذهب به حيث شاء فان ظاهر الاستيمار تضمين الغرس و بدونه لا يحتاج إلى أمر صاحب الدار كما لا يخفى.

لا يقال كيف يجوز لبائع الأرض قلع الغرس بعد فسخ البيع مع انّ جواز القلع حكم ضررى على مالک الغرس و بقاء الغرس مع الأجرة للبائع بعد الفسخ لا يكون ضررا عليه ليكون المورد من موارد تعارض الضررين، فيكون المورد من قبيل أكل مال الغير فى المخمصة، حيث يجوز ذلک الأكل لحفظ نفسه عن التلف مع ضمان الطعام.

فإنّه يقال بقاء الغرس فى الأرض المزبورة فى نفسه نقص للأرض المملوكة للغير حيث ينقص به قيمتها و تدارک ذلک النقص بالأجرة لا يدخل فى مورد نفى الضرر و جواز أكل مال الغير فى المخمصة مع ضمانه للتّزاحم بين وجوب التحفّظ على النفس من الهلاک و عدم جواز التصرف فى مال الغير و مقتضى تقديم الأهم و يكون إتلاف مال الغير موجبا لضمانه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۱۳

ثمّ إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون (۱).

---

(۱) الاحتمالات ثلاثة: الأول: جواز قلع الغرس لمالک الأرض. الثانى:

مطالبة الغابن بقلعه، و مع امتناعه عن الإجابة يجبره الحاكم على القلع. الثالث:

مطالبة الغابن بالقلع و مع امتناعه عن القلع يقلعه المغبون؛ و هذه الاحتمالات للوجوه التى ذكروها فيما إذا دخلت أغصان شجر الجار الى داره، و يمكن الفرق بين المسئلتين بأنّه لا يجب لمالک الأغصان الإجابة للجار فى رد الأغصان، أو قلعها حيث انّ دخولها داره لم يكن من فعله بخلاف الغرس فى المقام.

أقول: الأظهر هو الوجه الأخير لأن مطالبة مالک الغرس بالقلع مقتضى عدم حلّ التصرّف فى مال الغير و قلع الغرس تصرف فيه. نعم مع امتناعه عن الإجابة يسقط احترام ماله نظير امتناع مالک المال عن نقله عن المكان المملوک للغير و لا يختلف الحال فى ذلک بين كونه من فعل مالک المال أو بفعل غيره.

و قد يقال بأنّه يجوز لمالک الأرض قلع الغرس ابتداء لانّ ما دلّ على عدم جواز التصرّف فى مال الغير، و ان كان مقتضاه عدم جواز القلع الّا انّ ما دلّ سلطنة مالک الأرض على الأرض جواز افراغها عن الغرس و بعد تعارضهما يرجع الى أصالة الحل، و كذا يجوز هذا القلع لمالک الغرس و لو مع عدم رضا صاحب الأرض به لأنّ هذا الجواز مقتضى أصالة الحل ايضا بعد سقوط دليل سلطنة و عدم جواز حلّ التصرّف فى الأرض المملوكة للغير، و لكن إثبات الإطلاق لسلطنة المالک على التصرف فى ماله حتى ما لو استلزم

التصرف فی مال الغیر لا یخلو عن اشکال.

ثم أنه إذا قلع مالک الغرس غرسه و حصل بذلک نقص فی الأرض فعلیه أرش طمّ الحفر لأنّ النقص حصل فی الأرض المملوکة للغیر بفعله، و لا یقاس بما ذکرنا من انّه لو حصل بقلع مالک الأرض الغرس خروج الشجر الی الحطب أو الحشیش فلا یستحق مالک الغرس الأرش علی مالک الأرض لأنّ وصف النصب المقوم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۴

و امّا لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضی ما ذکرنا (۱).

للشجریة لم یکن مملوکا لمالک الغرس لیکون علی القالع ضمانه، کما لا یخفی.

(۱) لا- یخفی انّ الغرس قد حصل حال کون الأرض ملکا للغارس و لو کان الغرس المزبور استیفاء لمنفعة الأرض طول مدة الغرس نظیر إجارتها بعد شرائها عن بایع مغبون لکان علی الغارس بعد فسخ البیع أرش النقص الحاصل للأرض نظیر أرش النقص الحال بالإجارة.

و امّا إذا کان الغرس کما ذکرنا استعمالا للأرض ما دام الغرس، فإن أراد الغابن قلع الغرس و امتنع المغبون عن الإجازة فلا یکون علی الغابن أجرة لأنّ الغرس بقاء مستند إلی إمساک مالک الأرض و حبس الغرس علی مالکه فلا یستحقّ اجرة. و انّما یستحقّ الأجرة علی البقاء فیما إذا امتنع مالک الغرس عن قلعه أو طلب بقاءه لا مجانا و یجری ذلک فی الفسخ بخیار التفلیس ایضا، و تعلیل الاستحقاق بسبق حق المغبون علی الغرس غیر صحیح؛ بل لا فرق فی استحقاقها بین سبق الحق و لحوقه لانّ استیفاء منفعة الأرض المملوکة للغیر موجب لضمان تلک المنفعة إلّا إذا کان للمستوفی حق الاستیفاء مجانا، و هذا الحق لا یحصل للغارس بمجرد حدوث الغرس حال کونه مالکا للأرض؛ ثمّ عادت الی مالکها الأصلی بخیار الغبن أو بخیار التفلیس.

بقی فی المقام ما أشار إلیه المصنف (ره) من انّه لو أراد مالک الغرس قلعه، فهل لمالک الأرض منعه لکون القلع موجبا لنقص أرضه، أو انّه یجوز لمالک الغرس قلعه، و لیس حق المنع لمالک الأرض، الأظهر هو الثانی؛ لأنّ منع مالک الأرض یکون حبسا للغرس علی مالکه، فلا یجوز و لا یکون لقاعدة نفی الضرر حکومة، لکون رفع عدم الجواز ایضا ضررا علی مالک الغرس أو حرجا علیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۵

و لو کان التغیر بالامتزاج فاما أن یکون بغیر جنسه (۱).

---

(۱) ذکر (قده) للامتزاج أی امتزاج المبیع بغیره من مال الغابن صورا الأولی امتزاج المبیع بغیر جنسه بحیث یکون المبیع مستهلکا فی الممتزج بالفتح، کما إذا امتزج ماء الورد بالزیت و التزم فی ذلک برجوع المغبون بعد الفسخ الی بدل ماله باعتبار انّ الامتزاج بنحو الاستهلاک لا یوجب الشرکة بل یعد المستهلک بالفتح تالفا. أقول: هذا بناء علی ما ذکرنا من عدم اعتبار العقلاء وصف الشیء ملکا لواحد و الموصوف ملکا لآخر واضح.

و امّا بناء إمکان ذلک و کونه موجبا لاشتراک فی المالیة فلتوهم حصول الشرکة وجه لانّ الوصف الحاصل للزیت بخلط ماء الورد ملک لبائع ماء الورد المغبون و المناقشة بأن الوصف للزیت لم یحصل بماء الورد فقط، بل للامتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل شخص ثالث، کما تری.

الصورة الثانیة: ما إذا حصل الامتزاج بغیر جنسه، و لکن بنحو لا یوجب الاستهلاک بل یصیر المخلوط معنونا بعنوان ثالث غیر عنوانی الجنسین، کما فی امتزاج الخل بالعسل و ذکر (قده) فی هذه الصورة احتمالین أحدهما حصول الشرکة فی العین بالفسخ بحسب مالیة الجنسین، و لو کان الخل المبیع یساوی دینارین و العسل أربعة دنانیر یکون الاسکنجبین الحاصل ثلاثة أسهم سهمین لصاحب العسل

و سهم لصاحب الخل، و احتمل أن يكون الامتزاج فى الفرض ايضا بحكم التلف لانّ المبيع و هو الخلّ الجارى عليه البيع غير موجود، فينتفى الخيار بانتفاء الخل، و لكن لا يخفى انّ هذا من سهو القلم لانّ تلف العين بيد الغابن لا يوجب سقوط الخيار، بل يوجب الرجوع الى البدل.

و عن المحقق الايروانى (قده) انّ الامتزاج فى هذه الصورة لو كان موجبا لتلف المال فالمال الآخر أعنى العسل ايضا تالف فيكون الموجود الخارجى أى

....

الاسكنجبين بلا مالك، و لا يمكن الّا الالتزام بالشّركة فى العين بحسب الماليّة.

أقول: تلف الصورة النوعية للمال لا يوجب خروج مادته عن الملك و على ذلك فالغابن قبل الفسخ كان مالكا لكل من الخلّ و العسل و بعد خروجهما بالامتزاج إلى شىء ثالث يكون ذلك الثالث ايضا ملكا له باعتبار ملك مادتهما، و فسخ المغبون يوجب خروج ما جرى عليه البيع بالسبب السابق الى ملكه، و بما انّ تلك الصورة تالفة و ضمانها فى المثلى بالمثل، و فى القيمى بالقيمة يكون للمغبون مطالبة الغابن بالمثل أو القيمة، و لكن ما دام لم يؤد البدل يكون الموجود الخارجى مشتركا بينهما لحصوله بالمادتين أحدهما بعد الفسخ من بقايا ملك المغبون؛ و لذا لا يكون للمغبون الامتناع عن أخذ البدل اللّهم الّا أن يقال انّ الثابت فى المقام ثبوت حقّ المطالبة له، و لا يعيّن حقه فى المثل أو القيمة بحيث لا يكون له حق المطالبة بالعين الخارجية، و الإغماض عن المثل أو القيمة.

الثالثة: الامتزاج بجنسه المساوى له فى الصفات، و قد ذكر المصنف (ره) فى هذه الصورة الاشتراك فى العين بحسب الكميّة، و لا يجىء فى الفرض انّ للمغبون حق المطالبة بما جرى عليه العقد يعنى البدل لانّ المال المشترك قابل للقسمة الموجبة لرجوع مال بعضه عين ما جرى عليه البيع فيكون أقرب الى ما جرى عليه العقد من البدل. و بتعبير آخر لا يعتبر عند العقلاء استحقاق البدل فى هذا الفرض.

الرابعة: ما إذا حصل الامتزاج بجنسه، و لكن مع كون المال الأصلى للغابن اردء فقد ذكر المصنف (ره) حصول الاشتراك فى الفرض، و لكن احتمل الشركة بحسب الكمية مع ضمان النقص الحاصل المال المغبون بالامتزاج فيعطى الغابن للمغبون أرش ذلك النقص، و لو كان مال المغبون منا من الحنطة الجيدة يساوى ثلاثة دنانير، و كان للغابن منا من الرّدىّ يساوى دينارين، و بعد الامتزاج كان المن من الممتزج

....

يساوى دينارين و نصف يعطى للمغبون نصف دينار كما احتمل الشركة بحسب المالية بأن تكون العين الخارجية مشتركة بين الغابن و المغبون بالأخماس ثلاثة أخماس منها للمغبون و خمسان للغابن، و احتمل الشركة فى الثمن بان تكون مجموع ما فى الخارج ملكاً لمجموعهما و بعد بيعها يأخذ المغبون ثلاثة أخماس الثمن و الغابن خمسين نظير الشركة المتقدمة فى العين الخارجية، بالإضافة إلى وصفه الحاصل بفعل الغابن.

أقول: بما انّ أخذ الأرش و الاشتراك فى العين بحسب المالية يوجب محذور الرّبا، فالمتعيّن الاشتراك فى الماليّة، بل لا يبعد ذلك فى الصورة الخامسة أيضا، و هى إذا ما حصل الامتزاج بالأجود، فإنّ الاشتراك فى العين بحسب المالية فيه محذور الرّبا بخلاف الاشتراك فى الثمن.

نعم مع إمكـان الـاشتراك فى العين بحسب الكميّة لاـ تصل النّوبـة إلى الاشتراك فى القيمـة خصوصا فيما إذا كان الامتزاج بحيث لا يكون معه ميز بين المالين حقيقـة كما فى امتزاج المائعين، و وصف الجودة التى كانت للمال الأصـلى للغابن، و انّ فرض تلفه فى هذه الصورة الّا انّه لا ضـمان بالإضافـة إليه لحصول الامتزاج بفعله فلا يجوز له مطالبـة المغبون بالأرش، كما لا يخفى و مما ذكرنا يظهر انّ شبهـة الربا كما تجرى فى الاشتراك فى العين بحسب الماليـة كذلك تجرى فى صورة اسـتحقاق الأرش، و لا تختص بالأول، كما هو ظـاهر عبـارة المصـنف (ره)، لاـ يقـال إذا كـان الـامتزاج بالأردى أو الأجود فلا موجب للالتزام بالشـركة فى الثمن بعـد عـدم الإمكان الشّـركة فى العين بحسب الماليـة و الشّـركة فيها بحسب الكميّة للزوم الربا و لو بأخـذ الأرش، و بما انّ للمغبون المطالبة بما جرى عليه البيع و لا يمكن ردّه فيرجع الى بدله فيكون الامتزاج بالأردى أو الأجود موجبا لتلف ما جرى عليه البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۱۸

بقى الكلام فى تلف العوضين مع الغبن (۱).

فإنّه يقال لم يحرز ان الامتزاج كذلك موجب لخروج كل من الممتزجين عن ملك مالكه الأصلى و لازم ذلك الشركة فى الثمن.

لاـ يقـال عـدم خروجها عن الملك لا يلازم عـدم اسـتحقاق المغبون المطالبـة بما جرى عليه البيع، كما تقـدّم ذلك فى خروج المالين بالـامتزاج إلى شـىء ثـالث، فـإنّه يقـال نعم، و لكن مع خروجهمـا الى ثـالث كان العنوان المقوم للبيع تالفا بخلاف الامتزاج بالأجود و الأردى، فإنّ التالف وصفه أى تميّزه، وجودته.

اللهم الّا أن يقال انّما لا يرجع الى بـدل العين فى تلف الوصف فيما إذا أمكن الرجوع الى بـدل الوصف التالف، و لا يمكن ذلك فيما نحن فيه فيرجع الى بـدل نفس العين، و على ذلك فلا يبعـد أن يكون للمغبون المطالبة ببدل ماله أى المثل خصوصا فيما إذا كان هذا الامتزاج فى المائعات و تنحصر الشركة فى العين فى الامتزاج بالمساوى من جنسه حيث يتعين فيه الشركة فى العين بحسب الكميّة.

(۱) التـالف مع خيـار الغبن امّـا المـال المنتقـل الى المغبون أو المال المنتقل الى الغابن، و فى كل منهما يكون التلف بآفـة سـماويّة أو بفعل أحدهما أو بفعل الأجنبى و لو تلف ما بيد المغبون و كان ذلك بآفة سـماويّة فقد يقال بسـقوط خيار المغبون به لعين ما ذكر فى سقوطه بتصـرّف المغبون المخرج لذلك المال عن ملكه و هو عدم إمكان ردّ العين، و لكن قد تقدّم عدم صـحة الاسـتدلال فى مورد التعليل أى فى التصـرّف المخرج فضـلا عن غير ذلك المورد مثل تلف المال بآفة سـماوية، و انّما يكون التصرّف مسقطا فيما إذا كان بقصد الإعراض عن الخيار، و لو مع الجهل بالغبن.

و عليه فان كان التلف المزبور مع الفسخ فيرجع الغابن الى بدل ماله كما يرجع المغبون الى عين ماله، و لو كان التالف قيميّا ففى اعتبار قيمة يوم المطالبة أو يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم البيع ما تقدّم فى ضمان القيمى، و مقتضاه ضمان يوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۱۹

....

الفسخ، فإنّه يوم ضمان اليد، و كذا الحال فيما ذا كان تلف ما عند المغبون بإتلافه.

و امّا إذا كان بإتلاف الأجنبى فيجوز للغابن الرجوع الى كل من المغبون و الأجنبى لضـمان كل منهما، و ظاهر المصـنف (ره) الرجوع الى الأجنبى، و لكنّه غير صـحيح، بل مقتضـى جريان يـد المغبون على المال و مقتضـى إتلاف الأجنبى التّخيير للغابن فى الرجوع. نعم إذا أخذ المغبون بدل التالف من الأجنبى، ثم فسخ البيع بخيار الغبن يتعيّن على الغابن الرجوع الى المغبون لخروج الأجنبى عن ضـمان المال قبل ذلك.

و لو كان إتلاف ما بيـد المغبون بإتلاف الغابن فابرئه المغبون ثم ظهر الغبن و فسـخ البيع فيرجع المغبون بما بيـد الغابن و يأخـذ الغابن

قیمة ماله من المغبون لأن إبرائه الغابن بمنزلة قبضه بدل ذلک المال.

و امّا إذا کان التالف ما بید الغابن فان کان تلفه بآفة سماویّة أو بإتلاف الغابن و فسخ المغبون فیأخذ بدل التالف، و إذا کان التالف قیمیّا فهل الاعتبار بقیمة یوم التلف أو یوم الفسخ قولان ظاهر الأکثر هو الأول، و لکن ذکروا فی مسألة أخری انّ العبرة بقیمة یوم الفسخ و هی ما إذا اشتری عینا بعین و قبض البائع الثمن و لم یقبض المبیع، ثم باع البائع العین الّتی أخذها ثمنا من شخص ثالث ثم تلف المبیع الّذی کان عنده فإنّه بتلفه ینفسخ البیع الأول و لا یبطل البیع الثانی لأنّ تلف المبیع قبل القبض یوجب انحلال البیع من حین التلف لا من الأوّل، و علی ذلک فیأخذ المشتری بدل العین التی دفعها ثمنا، و البدل قیمتها یوم تلف المبیع أی تلف العین التی کانت عند بائعها، و قد تلفت قبل إقباضها فإنّ ضمان قیمة الثمن یوم تلف المبیع صریح فی ضمان یوم الانفساخ حیث انّه لو کانت العبرة بقیمة یوم التلف لکان اللازم ضمان العین التی دفعها المشتری ثمنا بقیمتها یوم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۰

و لو تلف بإتلاف الأجنبی رجع المغبون بعد الفسخ الی الغابن (۱) فینبغی احالة الزائد علی ما ذکروه فی غیر المقام (۲).

بیعها من الشخص الثالث، فان یوم بیعها زمان تلفها، کما لا یخفی و الحاصل انّه لا یعلم الفرق بین المسألة و بین المقام.

(۱) لو تلف ما بید الغابن بإتلاف الأجنبی و فسخ المغبون فیأخذ البدل من الغابن لانه یرد علیه ما بیده و لان الغابن یملک قیمة التالف علی عهدة المتلف، فیکون ما علی عهدته القیمة لا نفس المعوّض الّذی یستحقه المغبون بالفسخ بنفسه أو ببدله و یمکن أن یقال انّه یجوز للمغبون الرجوع الی الأجنبی، لأنّ نفس المتلف علی عهدته لا انّ قیمته دین بذمته للغابن، و لذا یجوز المصالحة علی ما فی عهدته بالأقل أو الأکثر، و لو کان نفس القیمة علی عهدته لکانت المصالحة بالأقل و الأکثر ربا بناء علی جریانه فی المصالحة أیضا، کما لا یبعد.

و بهذا یظهر وجه تخییر المغبون فی الرجوع الی کل من الغابن و المتلف بالکسر.

امّا الغابن فلانّه یرد المغبون ما بیده علیه فاللازم استرداد المعوض منه. و امّا المتلف بالکسر فلانّ المال علی عهدته. أقول: الرجوع الی الأجنبی لا یتوقف علی الالتزام یکون نفس التالف علی عهدته، بل یکفی فیه کون القیمة علی عهدته فإنّه تلک القیمة بفسخ المغبون تصیر دینا للمغبون علی عهدته و العجب من المصنف (ره) انّه فرق فی إتلاف الأجنبی بین ما بید الغابن و ما بید المغبون.

و لو تلف ما بید الغابن بإتلاف المغبون فان لم یفسخ البیع یرد بدل التالف علی الغابن، و ان إبراءه الغابن ثم ظهر الغبن و فسخ المغبون فیجب أن یرد الغابن البدل علی المغبون لأنّ إبراءه بمنزلة أخذ البدل من المغبون فتدبّر.

(۲) أی ینبغی احالة الزّائد مما ذکرنا فی المقام علی ما ذکروه فی غیر هذا المقام أی فی کتاب الغصب من أحکام ضمانی الید و الإتلاف.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۱

[الظاهر ثبوت هذا الخیار فی کل معاوضة مالیّة]

الظاهر ثبوت هذا الخیار فی کل معاوضة مالیّة (۱).

---

(۱) یظهر عن جماعة جریان خیار الغبن فی غیر البیع من سائر المعاوضات، و قد حکی التصریح بالعموم عن فخر الدین فی شرح الإرشاد و صاحبی التنقیح و الإیضاح، و عن المهذب البارع استثناء الصلح، و لعل الوجه فی الاستثناء ان مشروعیة الصلح لقطع المنازعة

و ثبوت خيار الغبن فيه موجب لعودها، و فيه انّه لم يعلم انّ مشروعيّته منحصر بما ذكر بل ربّما يجرى الصلح على المعاوضة باعتبار عدم التمكن على رعاية شرط البيع من تقدير المبيع و نحوه، كما لا يخفى. و فى غاية المراد التفصيل بين الصلح المتضمن للمعاوضة بين المالين فيجرى فيه خيار الغبن و بين الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق قبل ثبوت الدعوى ثم ظهر الغبن.
أقول: قد ذكرنا انّ المستفاد من صحيحة أبى ولّاد الواردة فى تخلف المستأجر عن الإجارة انّ الصّلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق مع اعتقاد الخلاف لا يكون خياريّا، بل محكوم بالبطلان، و فى المسألة تفصيل آخر و هو جريان خيار الغبن فى كل معاملة لا تكون بشخصها مبتيّة على المسامحة و عدم المبالاة، بل على المداقة و عدم جريانها فى معاملة تكون بشخصها مبتيّة على المسامحة حتى لو كانت تلك المعاملة بيعا فإنّه لا يصدق فى الفرض الغبن، و فيه انّه لم يؤخذ عنوان الغبن فى الخطابات الشرعيّة ليكون الخيار مدار صدقه، بل ذكر ذلك فى الفتاوى فى البيع و المستند لهذا الخيار قاعدة نفى الضرر عند جماعة و تلك القاعدة تعمّ الموارد إلّا إذا كان فى البين اقدام و هو التّصدّى للمعاملة مع العلم بالتّفاوت بين العوض المسمّى و القيمة السوقيّة.
و امّا الشرط الارتكازى فى البيع و سائر المعاوضات الماليـة فهو ايضا يعمّ الموارد هذا مع ما فى الدعوى لانّ الغبن يصدق فى الموارد التى يقدم الشخص على المعاملة لغرض مع احتمال التفاوت الكثير بين العوض و القيمة السوقيّة، و لو قيل بان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۲

و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار فى غير البيع (۱)

[هذا الخيار على الفور أو التراخى]

و قره فى جامع المقاصد بأنّ العموم فى أفراد العقود (۲).

المدرك لخيار الغبن السيرة العقلائيّة فالأمر كما ذكر من جريانه فى البيع و سائر المعاوضات إلّا فى المعاملة مع العلم بالحال.
(۱) يشكل فى جريان خيار الغبن فى سائر المعاوضات بعدم تعرّض الأصحاب لجريانه فيها، و لو كان هذا الخيار من الخيارات العامة كخيار الشرط لذكروا جريانه فيها كما ذكروا جريان خيار الشرط، و لا يمكن أن يقال انّ عدم ذكرهم جريانه فى سائر المعاوضات لا يدلّ على اختصاصه بالبيع، و الّا لذكروا الاختصاص، كما ذكروا الاختصاص فى خيار المجلس، و الوجه فى عدم الإمكان ان تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع للتعرّض بخلاف بعض العامّة من جريان خيار المجلس فى بعض افراد غير البيع لا۔انّهم يلتزمون بذكر الاختصاص مع عدم جريان الخيار فى غير البيع.
أقول: كيف ما كان و لو شك فى جريان خيار الغبن فى معاملة كالجعالة بناء على كونها من العقود فالأصل عدم الخيار على ما يأتى فيكون الشرط الارتكازى، أو بناء العقلاء محتاجا إلى الإثبات، و امّا قاعدة نفى الضرر فقد تقدم عدم جريانها لإثبات الخيار بل مقتضاها فى مورد جريانها الحكم ببطلان المعاملة على ما تقدم.
(۲) يعنى قرّر فى جامع المقاصد كون خيار الغبن على الفور بالتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) حيث انّ عمومه الأفرادى يستلزم العموم الأزمانى فيؤخذ بالعموم الأزمانى، و عن بعض الالتزام بالتّراخى لكونه مقتضى استصحاب بقاء الخيار فى غير الزمان الأول. و ذكر فى الرياض بأنّ المستند لخيار الغبن فى البيع ان كان هو الإجماع فيحكم بالتراخى أخذا بالاستصحاب، و ان كان قاعدة نفى الضرر فيحكم بالفور، و انّه لا خيار بعد مضى زمان يتمكن فيه المغبون من فسخه حيث انّ الضرر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۳

....

ينتفى بانتفاء اللزوم فى ذلك الزمان.

و قد ناقش المصنف (ره) فى التمسك بالعموم المزبور لاـ ثبات الفور، و كذا فى التمسك فيه بقاعدة نفى الضرر و بالتمسك بالاستصحاب لاـ ثبات التراخى، و ذكر فى وجه المنع عن التمسك بالعموم ما ذكره فى الأصول من انّه لا مجال فى التمسك بالعموم فى موارد كون الزمان ظرفا للحكم المجعول للفرد من العام بان يكون مفاد خطاب العام ثبوت حكم واحد مستمر فى عمود الزمان لكل فرد فيكون الاستمرار فى حكم فرد فرع ثبوت حكم العام له، و إذا خرج عن حكم العام فلا يكون حكم ذلك الفرد مستفادا عن خطاب العام، بل لا بدّ من خطاب آخر دال على ثبوت حكم العام له بعد ذلك الزمان.

و بتعبير آخر بعد خروج فرد عن العام فى هذا القسم فلا يفرّق فى مدلول العام بين خروجه إلى الأبد أو خروجه فى زمان بمعنى انّه لا يكون خروجه إلى الأبد زيادة تخصيص ليقتصر عند الشك بالقدر المتيقن بل اللازم فى هذا القسم عند الشك فى حكم الفرد الخارج الأخذ باستصحاب حكمه المخالف لحكم العام.

و امّا إذا كان خطاب العام متكفّلا لثبوت حكم مستقل لكل فرد فى كل زمان بحيث يكون مدلوله بالإضافة إلى الأزمنة مفردا، ففى مثل ذلك لاـ مجال لاستصحاب حكم الخاص، بل يجب الرجوع الى عموم العام بالإضافة الى غير ذلك الزمان، و لو فرض عدم خطاب العام فى الفرض لما جاز ايضا التمسك باستصحاب الخاص، بل لا بدّ من الرجوع الى أصل آخر.

ثمّ انّه لاـ فرق فيما ذكر من القسمين من كون الزمان ظرفا لاستمرار الحكم أو مفردا لموضوعه بين استفادة ذلك من الإطلاق أو من اداة العموم، و على ذلك فلا يصحّ الجواب عن جامع المقاصد فى تمسكه بآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لإثبات الفوريّة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۴

....

بأنّ الآية مطلقة لا عامة. نعم يصحّ هذا الجواب لو ثبت انّ مقتضى الإطلاق هو كون الزمان ظرفا للحكم لا كونه مفردا بالإضافة إلى مصاديق العام بحسب الزمان.

و كيف كان فقد ظهر فساد ما قيل من انّ الاستصحاب أى استصحاب حكم الخاص يكون مخصصا لعموم العام و وجه الظهور انّه لا دلالة فى مورد استصحاب حكم الخاص لخطاب العام، كما فى أخذ الزمان ظرفا لحكمه، و فى مورد دلالة خطاب العام، كما فى أخذ الزمان مفردا لا مجال لاستصحاب حكم الخاص هذا بحسب الكبرى.

و امّا الصغرى فظاهر آية وجوب الوفاء بالعقود كونها من القسم الأوّل، و انّ الزّمان ظرف لوجوب الوفاء بكلّ عقد، و إذا خرج بيع المغبون فى زمان فلاـ يفرّق بين خروجه إلى الأبد أو كونه موقتا فى عدم دلالة الآية على حكم ما بعد ذلك الزّمان، و عدم لزوم تخصيص زائد لو كان خروجه إلى الأبد، و لو أمكن استصحاب بقاء الخيار فهو، و ان لم يمكن جريانه كما يأتى فيحكم بلزوم العقد لا بالأخذ بالعموم، بل لاستصحاب بقاء الملكين على حالهما قبل الفسخ المعبر عنه بأصالة اللزوم.

أقول: ما ذكره (قده) من جريان الاستصحاب فى ناحية حكم الخاص فيما إذا كان الزمان ظرفا لاستمرار الحكم فى ناحية أفراد العام انّما يصحّ مع كون الزمان فى ناحية الخاص ايضا ظرفا لحكمه، و امّا إذا كان قيدا لمتعلق حكم الخاص فلا يمكن استصحاب ذلك الحكم فى غير ذلك الزمان، و ايضا ما ذكره من انّه لو كان الزمان فى ناحية أفراد العام مفردا بأنّ يثبت لكل فرد من أفراده فى كلّ زمان حكم مستقلّ فيرجع فى غير ذلك الزمان للعموم، و لا يصحّ الرّجوع الى الاستصحاب حتى ما لو لم يكن فى البين عموم أيضا انّما يصحّ لو كان الزمان فى ناحية الخاص

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۵

....

ایضا مفردا، و الّا لأمکن استصحاب حکم الخاص لو لم یکن فی البین العام المزبور.

و لا یخفی ایضا انّ ثبوت حکم مستقلّ لکل من وجودات المتعلّق أو فی کل فرد من افراد العام یستفاد من الإطلاق تارة و أخری عن الدال اللفظی کقوله أکرم کل عالم و قوله أکرم کل عالم فی کل زمان حیث انّ استقلال الحکم تابع لثبوت الملاک فی کل من وجودات المتعلّق لا لمجموع تلک الوجودات، و لا لصرف وجود المتعلّق، کما انّه لو کان الملاک فی مجموع تلک الوجودات یکون العام بالإضافة إلیها مجموعیّا، و قد ذکرنا فی بحث الأصول انّه لا یختلف الحال فی جواز التمسک بالعام بالإضافة إلی باقی الأفراد بین کونه مجموعیا أو استغراقیا، و بلا فرق بین استفادة کل منهما بالإطلاق أو بالدال الوضعی، کما علیه جماعة من المحققین کالسید الیزدی (قده).

و فی المقام تفصیل آخر بین دلالة دلیل الخاص بین خروج الفرد من الأول أو فی الأثناء، فإنّ العموم فی مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) مقتضاه ثبوت الحکم المزبور لکل فرد من أفراد العقد لظهور أداة العموم فی الاستیعاب الوجودی للطبیعة و الإطلاق فی کل عقد مقتضاه انّ تحقق العقد خارجا تمام الموضوع لوجوب الوفاء المستمر و لا دخالة فیه لأیّ قید، و علی ذلک فان ورد فی الدلیل انّ العقد الفلانی لا یجب الوفاء به فی الزمان الأوّل یعلم من ذلک انّ العقد المزبور لیس بتمام الموضوع، بل مقیّد بما یکون بعد ذلک الزمان بضمیمة أصالة العموم فی ذلک الفرد.

و بتعبیر آخر ثبوت الحکم الواحد المستمر من حین وجود الفرد انّما هو بالإطلاق و مقدمات الحکمة، و مع ورود التقیید بما لا یعمّه الحکم من الأول یعلم انّ ذلک الحکم یثبت له بعد ذلک الزمان أخذا بأصالة العموم بخلاف ما ورد التقیید فی الأثناء فإنّ مدلول العام منضمّا إلی أصالة الإطلاق فی کل فرد ثبوت حکم واحد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۶

....

مستمر بحسب الأزمنة و بعد ورود التقیید فی الأثناء لا یمکن أن یثبت فیه حکم واحد مستمر سواء حکم بالخروج إلی الأبد أو حکم بحکم العام بعد ذلک الزمان المتوسط.

أقول: حکم العام لکل فرد واحد مستمر فی الأزمنة من الأوّل مستفاد من الإطلاق و عدم ورود القید فی الفرد، و إذا ورد القید فی الأول یستفاد من العموم بضمیمة الإطلاق فی ذلک الفرد استمرار الحکم من غیر الزمان الأول، و إذا ورد القید فی الوسط یستفاد الحکم الواحد المستمر المنقطع فی الوسط.

و بتعبیر آخر الوحدة فی الحکم إثباتا متحقق بعد التقیید ایضا و التعدد ثبوتا و ان کان حاصلا الّا انّه بالانقطاع و عدم ملاک لزوم العقد فی البین لا لثبوت ملاک ملزم مستقل فی کل من طرفی زمان عدم اللزوم.

لا- یقال إذا لم یکن لخطاب الخاص دلالة علی ثبوت حکم العام فیما بعد الزمان الأول کما هو الفرض فلا یمکن التمسک بخطاب العام بعد ذلک الزمان لدوران أمر خطاب الخاص بین کونه مقیدا لإطلاق الفرد، کما ذکر، أو مخصّصا لذلک الفرد و مخرجا له من العام رأسا.

و بتعبیر آخر یکون العلم الإجمالی بتخصیص العام فی ذلک الفرد أو تقیید إطلاقه مانعا عن الأخذ بأصالة عمومه فإنّه یقال هذا العلم لا- اثر له بالإضافة إلی الزمان الأوّل، و یکون التمسک بأصالة العموم بالإضافة الی ما بعد ذلک الزمان بلا معارض، و ان شئت قلت أصالة الإطلاق لا مجال لها فی المقام للعلم بعدم ثبوت حکم العام للفرد المزبور فی الزمان الأول. امّا تقییدا أو تخصیصا و بالإضافة

الی ما بعد ذلک الزمان یؤخذ بأصالة العموم و الإطلاق، و کذلک فی مورد التخصیص فی الوسط.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۷

....

و الحاصل ان أصالة العموم فی ناحیة العام مع أصالة الإطلاق الجاری فی کل فرد یجعل کل فرد من افراد العقد من قبیل العام المجموعی فیکون استثناء بعض أجزاء هذا العام المجموعی من الأول أو الوسط موجبا لرفع الید عن العموم فی ذلک الجزء، و یؤخذ به فی الباقی، و لعلّه الی ذلک یرجع ما ذکره السید الیزدی (قده) فی المقام.

ثمّ انّ هذا کلّه بناء علی انّ الوفاء بالعقد وجوبه تکلیفی. و امّا بناء علی ما ذکرنا سابقا من انّه فی البیع و نحوه من المعاملات إرشاد إلی لزومها یکون اللزوم فی کل زمان لاستمراره واحدا، و یمکن حصول التقیید فیه فی بعض افراد العقد بحسب أوّل الأزمنة أو الوسط فیحصل فی الثانی الانقطاع، و یمکن بعد ذلک الزمان مع فرض عدم حصول الفسخ فیه التمسک بالعموم المزبور، و الإطلاق فی الحکم بلزومه بعد ذلک الزمان لا یقال کیف یلتزم بالحکم لکل عقد بلزومه فی عمود الزمان، و انّ ذلک یستفاد من الإطلاق أی مقدمات الحکمة و انّه لو أغمض النظر عنها فلا یکون لقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) دلالة علی ذلک، و من الظاهر انّه لو کان الأمر کذلک لکان المدلول الوضعی للخطاب وجوب الوفاء بکل عقد، و لو فی زمان ما فیکون لغوا محضا لانّ الوفاء بکل عقد فی زمان حاصل لا محالة و مقتضی الاحتراز عن اللغویّة أن یکون لزوم الوفاء بالعقد دائما، کما هو ظاهر جامع المقاصد.

بل عن المحقق الایروانی (قده) انّ نفس متعلق التکلیف أی الوفاء ظاهر فی هذا الاستمرار لأنّ الوفاء بشیء عبارة عن الالتزام به عملا فی عمود الزمان فیکون استمراره مدلولا وضعیّا للمتعلق لا مستفادا من قرینة لزوم اللغویّة.

فإنّه یقال انّ أرید انه مع قطع النظر عن إطلاق المتعلّق، و الحکم یستفاد ذلک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۸

و امّا استناد القول بالتراخی إلی الاستصحاب (۱).

الاستمرار بالإضافة الی کل عقد، فلا ریب فی بطلانه، و یشهد لذلک صحّة تقیید الحکم بزمان و الوفاء بحال أو بمدّة مع إبقاء عموم الحکم بالإضافة إلی أفراد العقد بحاله، و ان أرید انّ مع الخطاب المزبور لا بدّ من أن یکون الشارع بصدد البیان بالإضافة إلی متعلّق الحکم و نفس الحکم بان یکون إحراز کون المتکلم فی مقام البیان بلزوم اللغویّة لا بالأصل، کما فی غالب الخطابات فهذا صحیح و لا یمنع عن الإطلاق و الأخذ بمقدمات الإطلاق.

و قد تحصل من جمیع ما ذکرنا انّه لو لم یتم الدلیل علی کون خیار الغبن أو العیب مما لم یحدّد زمانه شرعا بنحو التراخی فیمکن التمسک بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لإثبات کونه علی نحو الفوریة بمعناها العرفی أخذا بالإطلاق فی کل عقد بالإضافة الی غیر مورد الیقین بالتقیید.

(۱) و أورد المصنف (ره) علی استصحاب بقاء الخیار بعد انقضاء الزمان الأوّل الذی یتمکن فیه المغبون من الفسخ بأنّ الخیار فی المقام لا یستفاد من دلیل لفظی لیعین به الموضوع و یستصحب الحکم علی ذلک الموضوع فیما لم یکن فی البین دلالة علی ثبوته أو انتفائه بالإضافة إلی الزمان الثّانی، نعم انّه إذا لم یکن الحکم مستفادا من دلیل لفظی، و لکن کان الشک فی بقائه من جهة الشکّ فی الرافع فلا بأس باستصحاب ذلک الحکم لانّ مع الشک فی الرافع لا یکون الشک فی بقاء الموضوع و استعداد الحکم للبقاء مثلا إذا علم حرمة العصیر العنبی بعد الغلیان و قبل ذهاب ثلثیه و شک فی بقاء حرمته بصیرورته دبسا قبل ذهاب ثلثیه فلا بأس باستصحاب حرمته.

و الحاصل انّ الدلیل فی المقام للخیار قاعدة نفی الضرر منضمّا إلی الإجماع و المتیقّن من ثبوت الخیار المتضرر الذی لا یتمکن علی دفع الضرر الّا بفسخ البیع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۹

....

فی ذلک الزمان فیحتمل انتفاء الحکم بانقضاء الزّمان الأوّل و لا یحرز استعداد الحکم للبقاء.

و ذکر النّائینی (ره) فی توجیه کلام الشیخ فی المقام انّ ما یقال من انّ الاعتبار ببقاء الموضوع فی جریان الاستصحاب نظر العرف معناه انّه یعتبر أن یکون المحکوم علیه بثبوت الحکم فی الزمان الثّانی هو المحکوم علیه فی الزّمان الأوّل، و ان المتبدل حالة من حالات ذلک المحکوم علیه، و هذا فیما إذا أحرز الموضوع للحکم فی الزمان الأول. و امّا إذا لم یحرز بان احتمل أن یکون الوصف الحاصل فی الزمان الأوّل عنوانا مقوما مع احتمال کون الموضوع له هو ذات الموصوف فلا مورد للاستصحاب؛ بل ینحصر جریانه بما إذا کان الوصف الحاصل فی الزمان الأول من قبیل الواسطة فی ثبوت الحکم لذات الموصوف، و احتمل أن یکون حدوث الوصف کافیا فی حدوث الحکم و بقائه، و ان یکون حدوثه دخیلا- فی حدوث الحکم و بقائه دخیلا فی بقائه بخلاف ما إذا کان الوصف عنوانا تقییدا للحکم کالفقر فی استحقاق الزکاة أو احتمل ذلک، کما فی المقام فإنّه لا مورد للاستصحاب فی مثل ذلک.

ثمّ ذکر انّه یمکن تقریب عدم جریان استصحاب بقاء الخیار فی المقام بوجه أدقّ و هو انّه لم یثبت فی المقام خیار الغبن لیقال انّ الموضوع له هو المغبون فی معقد الإجماع، بل الثابت عدم ثبوت اللزوم للمعاملة بحکومة قاعدة نفی الضرر، و الحکومة تنحصر بما إذا کان تضرّر المغبون ناشئا من لزوم المعاملة، و هذا بالإضافة إلی الزمان الأول. و امّا فی الزّمان الثّانی فلا یکون الضّرر ناشئا من لزومها فلا یکون فی البین ما یکون رکنا فی جریان الاستصحاب. و بتعبیر آخر لا یکون لزوم المعاملة فی الزمان الثّانی موجبا لتضرر المکلّف لیحکم بانتفائه بالإضافة إلی المتضرر.

أقول: لا یخفی انّ لزوم المعاملة فی الزّمان الثانی، و ان لم یکن انتفائه مقتضی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۰

أو مطلقا بناء علی الإهمال لا الإطلاق (۱).

قاعدة نفی الضرر، و الّا لم یکن فی البین موضوع للأصل العملی الّا انّه لو کانت المعاملة المزبورة باقیة علی جوازها لکان الجواز بقاء للجواز الثّابت فی الزمان الأوّل غایة الأمر ثبت بدلیل الاستصحاب لا بقاعدة نفی الضرر.

و بتعبیر آخر نفی اللزوم بقاعدة نفی الضرر واسطة فی الثبوت بالإضافة إلی إثبات الجواز المحتمل بقاؤه مع عدم ما یدلّ علی لزوم المعاملة فی الزّمان الثانی لسقوط العموم کما هو الفرض.

(۱) یعنی لم یدل دلیل خیار الغبن علی ثبوته فی أوّل زمان التمکن علی الفسخ خاصة کما لم یدل علی ثبوته للمغبون، و لو بعد انقضاء ذلک الزمان بل دلّ علی ثبوته للمغبون من غیر دلالة علی احدی الخصوصیتین. و المراد بقوله مطلقا هو هذا الإهمال و بقوله لا الإطلاق الدلالة علی خصوصیته الدوام و إذا فرض الإهمال فی دلیل الخیار فیؤخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقود دواما بعد انقضاء زمان التمکن کما یؤخذ بدلیل وجوب القصر علی المسافر ما دام مسافرا فی غیر أیام الإقامة و فی غیر أیام التردد فی الإقامة أی ثلاثین یوما. و فی غیر وقت المعصیة بسفره.

و امّا إذا لم یلتزم بدلالة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) علی الدوام و الاستمرار بل علی حکم العقد من حصول الملک و حدوثه بحصول العقد و یلتزم ببقاء ذلک الملک و اللزوم بالاستصحاب فتقع المعارضة فی المقام بین هذا الاستصحاب و استصحاب بقاء الخیار، و یکون

استصحاب بقاء الخيار حاكما على استصحاب بقاء الملك لأنّ بقائه بعد فسخ المغبون بعد انقضاء زمان الفور مرتب شرعا على عدم الخيار و انتفائه مترتب على بقاء الخيار، و لكن الأوّل أقوى أى القول بدلالة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على استمرار العقد إلى الأبد هو الأقوى فلا تصل النوبة إلى الاستصحاب و وجه القوة انّ الخيار الحادث للمغبون فى الزمان الأوّل لا يوجب زوال العقد السابق و حكمه بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۳۱

و لا يخفى ان ما ذكره من المبنى للرجوع الى العموم (۱).

و امّا ما ذكره أخيرا لمبنى الرّجوع الى الاستصحاب (۲).

يؤخذ بمقتضاه بعد ذلك الزّمان لانّ ذلك مقتضى عدم فسخ العقد، و انّما يرفع اليد عن العقد و مقتضاه إذا لم يبق العقد بأنّ فسخ فى الزمان الأوّل فإنّ مع الفسخ لا يبقى للعموم مورد.

(۱) يعنى المبنىّ الّذى ذكر هذا القائل للرجوع الى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فى المقام و هى دلالته على لزوم كل عقد مستمرا إلى الأبد هو الذى ذكرنا من انّ مع هذه الدّلالة لا يمكن الرجوع الى العموم بعد ورود التخصيص عليه فى زمان، بل لا بدّ بعد ذلك الزمان من الرجوع الى استصحاب حكم الخاص.

(۲) يعنى ذكر هذا القائل فى وجه الرجوع الى استصحاب بقاء الخيار دلالة آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على لزوم الوفاء بالعقد آنا ما، و على الملك الحاصل به فيكون استصحاب بقاء هذا الملك بعد فسخ المغبون فى الزمان الثّانى معارضا باستصحاب بقاء الخيار، و لكن استصحاب بقاء الخيار يقدم على استصحاب الملك السابق لانّ بقاءه و زواله بالفسخ فى الزمان الثّانى أثر شرعى لبقاء الخيار و عدمه مع انّه لم يذكر فى كلماتهم استصحاب الملك و دلالة الآية على حصول اللزوم آنا ما، بل الكل متّفقون على دلالة الآية على لزوم كل عقد مستمرا، و كان عليه أن يتعرّض لاستصحاب بقاء الخيار فى مقابل هذا العموم، و انّه يمكن التمسك فى العموم المزبور بعد ورود التخصيص عليه أم لا.

ثم انّ المصنف التزم فى المقام بكون خيار الغبن فوريا لا- بالتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالإضافة إلى الزّمان بل ذكر انّ العموم المزبور لكونه استمراريّا، لا- يمكن الأخذ به، كما لا يمكن الأخذ باستصحاب بقاء الخيار لانّه لم يحرز الموضوع له و يحتمل كون الموضوع له ما يرتفع بانقضاء الزّمان الأوّل فيكون الوجه فى فوريّته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۳۲

ثم انه لا خلاف فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة (۱).

أصالة فساد فسخ العقد بمعنى بقاء الملك السابق بعد حصول الفسخ فى الزمان الثانى، و الشك فى صحة الفسخ المزبور و فساده ليس من قبيل الشك فى المقتضى، بل الفسخ على تقدير صحّته رافع للملك السابق الحاصل بالبيع.

أضف الى ذلك ما يقال من انّ تراخى الخيار فى المقام و ما يشبه المقام من إجازة البيع الفضولى و نكاحه و غيرهما ضرر على من عليه الخيار، أو عليه الإجازة فينفى بقاعدة نفى الضرر.

أقول: الضرر هو النقص فى المال و مجرد التّأخير فى الفسخ لا- يوجب ضررا على الغابن، و كذا الحال فى التأخير فى إجازة العقد الفضولى، و حيث انّ شرط الخيار الغبن ارتكازى كما ذكرنا فيثبت الخيار مع الغبن من غير ان يؤخذ فيه الفسخ فى أول أزمنة الإمكان، بل غايته عدم التّأخير فيه و عدم التصرّف فيما انتقل الى المغبون بحيث يعدّ ذلك التأخير أو التصرّف إغماضا عن الخيار و فسخ ذلك العقد.

(۱) ذكره (قده) بما حاصله انه بناء على كون الخيار الغبن على الفور لا يكون ترك الفسخ فى أوّل زمان العلم بالغبن لجهله بثبوت

الخیار له بأن کان غافلا عنه موجبا لسقوط خیاره، بل یکون له حق الفسخ عند علمه بأنّ للمغبون خیار الفسخ لانّ نفی لزوم البیع فی زمان العلم بالغبن مع غفلته عن ثبوت الخیار للمغبون لا أثر له و لا یوجب أن لا یکون اللزوم فی الزمان الثّانی ضرریّا علیه.

لا یقال ترک الفحص عن حکم المعاملة و الغبن فیها و لو قبلها هو المنشأ لتضرر المغبون فی الزمان الثانی، فلا یستند الی حکم الشارع بلزوم المعاملة فیه فإنّه یقال لو کان ترک الفحص عن الحکم موجبا لعدم استناد الضرر الی الشارع لزم عدم ثبوت الخیار للمغبون فیما إذا ترک الفحص عن القیمة السوقیّة قبل المعاملة و أقدم علیها مع الجهل بها بل یمکن أن یقال کما لا یجب الفحص عن القیمة السوقیّة قبل المعاملة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۳

....

کذلک لا یجب تعلم ما یثبت له من الحق فی المعاملة قبلها.

و ما دلّ علی عقاب الغافل علی المخالفة فیما إذا أوجب ترک تعلم الأحکام الشرعیة تلک الغفلة لا یعمّ الفرض.

لا- یقال: علی ما ذکر یثبت الخیار للمغبون الملتفت بالخیار مع انّ أخذ الالتفات بالخیار فی موضوع الخیار غیر ممکن فإنه یقال المأخوذ فی موضوع الخیار المستفاد من نفی اللزوم بقاعدة نفی الضرر هو المتمکن علی استعمال الخیار، و هذا الأخذ لیس من قبیل التقیید بل لازم الضیق الذاتی للمجعول نظیر الضیق فی التکلیف، حیث انّه لا یعمّ الغافل و مما ذکرنا یظهر الحال فی نسیان الخیار للمغبون فإنّ الناسی داخل فی الغافل عن الخیار للمغبون، و هذا بخلاف ما إذا کان غافلا عن فوریة الخیار فانّ اللزوم فی الزمان الثانی معه لا یکون منشأ لتضرر المغبون لتمکنه علی الفسخ فی الزمان الأول.

و بهذا یظهر الحال فیما إذا کان جهله بخیار الغبن بمعنی الشک فی ثبوت الخیار للمغبون لا بمعنی الغفلة و انّه لا یثبت للجاهل فی الزّمان الثّانی خیار لأنّ لزوم المعاملة فی ذلک الزّمان لا یکون منشأ ضرره حیث کان من الممکن فسخه البیع بعد العلم بالغبن ثم السؤال عن الحکم و نفوذه.

ثمّ انّه لو ادّعی المغبون التارک للفسخ فی الزّمان الأول الجهل بالخیار لیکون له الفسخ فی الزمان الثانی فهل هذه الدعوی مسموعة بمعنی انّه یقبل قوله بیمینه ذکر المصنف (ره) ان الأقوی سماعها لأنّ أصالة عدم العلم به جاریة فی حقّه، و علی الغابن المدعی علمه بالخیار الإثبات. نعم إذا کان المغبون ممّن لا یجهل الخیار الّا لعارض ففی سماع قوله إشکال لأنّ دعواه الجهل مخالف للظاهر فیکون مدّعیا إلّا إذا قیل بعدم الاعتبار بمثل هذا الظهور فیؤخذ بأصالة عدم علمه. و امّا إذا ادعی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۴

[الخامس خیار التأخیر]

اشارة

قال فی التذکرة من باع شیئا و لم یسلمه إلی المشتری (۱).

نسیان الخیار فیکون مدّعیا لأنّ الأصل بقاء الذکر و عدم النّسیان الّا انّ الدّعوی لو کانت مما لا یعلم بها الّا من قبل مدعیها فیقبل قوله فیها مع یمینه.

أقول: قد تقدم ان الموضوع للخیار کون لزوم المعاملة ضرریا علیه و استصحاب عدم علمه أو بقاء ذکره لا یثبت کون لزومها کذلک أو لیس کذلک، و علی کلا التقدیرین أی دعوی الجهل أو النسیان فهو یدّعی الخیار لنفسه فعلیه إثبات ذلک، کما لا یخفی، و الکبری المشار إلیها و هی سماع الدعوی و ثبوتها بیمین مدّعیها فی کل ما لا یعلم الّا من قبله تعرضنا لها فی بحث القضاء و ناقشنا فی ثبوتها بنحو الکبری الکلیة.

(۱) المشهور بین الأصحاب انه إذا باع شیئا حالا و لم یسلّمه إلی المشتری و لا قبض الثمن منه لزم البیع إلی ثلاثة أیّام و بعد انقضائها یکون للبائع الخیار فی فسخ البیع و یستدلّ علی ذلک مع الإغماض عن الإجماع حیث انّه علی تقدیره مدرکی بقاعدة نفی الضرر علی ما فی التذکرة حیث انّ لزوم البیع منشأ تضرر البائع بل ضرره فی المقام أشدّ من تضرر المغبون بلزوم البیع و وجه الأشدّ به انّ المبیع فی المقام فی ضمان البائع لعدم تسلیمه الی المشتری، و لا یجوز له تصرفه فیه فإنّه ملک المشتری علی الفرض.

أقول: الضرر کما ذکرنا مرّات هو النقص و النقص فی المقام غیر حاصل لأنّ کون المبیع فی ضمان البائع لا یوجب ضررا علیه ما دام لم یتلف و مع تلفه و ان یکون هذا التلف علی البائع الّا انّ الحکم أی ضمان البائع المبیع بتلفه قبل قبضه مجعول فی مورد الضرر فلا ینفی بقاعدة نفیه، کما هو الحال فی تلفه و لو مع قبض الثمن و عدم جواز تصرّف البائع فی المبیع بعد دخوله فی ملک المشتری لیس فیه ضرر علی بایعه بعد دخول الثمن فی ملکه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۵

....

و الحاصل: انّ النقص فی المقام لا یحصل بلزوم البیع و الّا ثبت الخیار للبائع بمجرد التأخیر لا بعد ثلاثة أیّام.

و بهذا یظهر الحال فی الاستدلال علی نفی لزوم المعاملة بقاعدة نفی الحرج حیث یقال ان حفظ البائع المبیع للمشتری و التحفظ بنمائه له و الصبر الی وصول الثمن کما هو مقتضی لزوم البیع حرجی علی البائع فینفی بقاعدة نفیه لأنّه لا تختصّ القاعدة بنفی الأحکام التکلیفیة، و إذا انتفی اللزوم الحقی یثبت جوازه؛ و وجه الظهور انه لو جری فی المقام قاعدة نفی الحرج لما کان المدار بمضیّ ثلاثة أیام و لما یمکن إثبات الخیار حیث انّه یمکن نفی اللزوم الحقی المنکشف بمشروعیّة الإقالة بثبوت الجواز الحکمی هذا.

مع انّه یثبت الخیار لکل من المتبایعین بامتناع صاحبه عن تسلیم ما عنده من المال الذی صار ملکا للآخر غایة الأمر انّ الشارع فی الروایات الآتیة قد حدّد الامتناع بنحو التأخیر فی أداء الثمن بثلاثة أیّام مع کون المثمن عند بایعه و یبقی غیره بحاله و یؤید ذلک ما ورد من انّه لو وجد غریم المفلس عین حاله فی أمواله أخذه؛ و مع هذا الخیار لا یکون فی البین حرج أو ضرر.

و امّا الروایات فمنها صحیحة علی ابن یقطین قال سأل أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یبیع البیع و لا یقبضه صاحبه و لا یقبض الثمن قال (فإنّ الأجل بینهما ثلاثة أیام فإن قبض بیعه و الّا فلا بیع بینهما)؛ و موثقة إسحاق بن عمار عن عبد صالح علیه السلام قال (من اشتری بیعا فمضت ثلاثة أیّام و لم یجیء فلا بیع له)؛ و روایة عبد الرحمن بن الحجّاج قال اشتریت محملا فأعطیت بعض ثمنه و ترکته عند صاحبه ثم احتسبت أیّاما ثم جئت الی بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحکت ثم قلت لا و اللّه لا أدعک أو أقاضیک فقال ترضی بأبی بکر بن عیاش قلت نعم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۶

....

و أتیت فقصصنا فقال أبو بکر بقول من ترید أن أقضی بینکما بقول صاحبک أو غیره قال قلت بقول صاحبی قال سمعته یقول من اشتری شیئا فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلاثة أیام و الّا فلا بیع له؛ و صحیحة زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال قلت له الرجل یشتری

من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتّى آتيک بثمنه قال (ان جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيّام و الّا فلا بيع له). «۱»

و قد يقال بظهور هذه الرّوايات فى انحلال البيع بمضىّ ثلاثة أيّام لا ان يثبت للبائع خيار الفسخ، كما عليه المشهور و ذكر المصنف (ره) انّ فهم المشهور الخيار منها يوجب كون المراد منها الخيار خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام فى أكثر الروايات لا بيع له فانّ نفى البيع بالإضافة إلى المشترى مع انّه لا يتبعّض فى الصّحة قرينة على انّ المراد بنفيه نفى لزومه. نعم فى صحيحة على بن يقطين لا بيع بينهما و غاية ذلک الشک فى المراد فيستصحب بقاء البيع و الآثار المترتبة عليه بعد مضى ثلاثة أيّام.

توهم عدم جريان الاستصحاب فى الصّحة لأنّها كانت فى الثلاثة فى ضمن اللزوم، و المحتمل ثبوته بعدها الصحة فى ضمن الجواز يدفعه انّ الصّحة و اللزوم حكمان للبيع لا أنّ اللّزوم و الجواز نوعان من الصّحة، كما هو ظاهر؛ و لكن لا يخفى انّ مجرّد فهم المشهور امرا من رواية أو روايات لا يكون حجّة بالإضافة إلينا، و قد سبق انّ المشهور قد فهموا من الروايات الواردة فى نزح ماء البئر نجاسته، و قد منعه المتأخرون؛ و انّها لا تدلّ على نجاسة مائه، و لو كانت الروايات الواردة فى المقام ظاهرة فى انحلال البيع بمضى ثلاثة أيّام، أو انّ الشّرط فى صحة البيع القبض أو

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۹ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۳۷

[اشتراط أمور]

[أحدها عدم قبض المبيع]

أحدها عدم قبض المبيع (۱).

الإقباض إلى ثلاثة أيّام فلا بد من الأخذ به و لا معنى لطرحه و الأخذ بالأصول العمليّة بدعوى انّ فهم المشهور لو لم يوجب ظهورها فى الخيار فلا أقلّ من كونه موجبا لإجمالها.

و لكن الصحيح عدم استفادة الانحلال من الأخبار المزبورة بقرينة انّ اللّزوم البيع على كل من البائع و المشترى حقى و الشارع فى هذه الروايات بصدد ان الحق للمشترى ينتهى بانقضاء ثلاثة أيّام فالمبيع الّذى لم يأخذه المشترى و لم يرد ثمنه لا يكون له بعد ثلاثة أيّام إلزام البائع به بل يكون اختيار ذلک البيع بيد بايعه فقط لا بينهما بان يلزم كل واحد منهما الآخر بالوفاء بذلک البيع أو يلزم المشترى بايعه به.

(۱) و حاصله: انّ من شرط ثبوت الخيار للبائع عدم إقباضه المبيع من المشترى الى ثلاثة أيّام بحيث لو تحقق الإقباض بعد العقد أو الى ثلاثة أيّام فلا يثبت له الخيار، و لو مع عدم قبض الثمن، و استشهد لذلک بما فى صحيحة على ابن يقطين من قوله عليه السلام (فان قبض بيعه و الّا فلا بيع له) فان ظاهره انّه لو تحقق اقباض المبيع فى ضمن ثلاثة لزم البيع فانّ قوله قبض بالتشديد و بيعه بالتخفيف بمعنى مبيعه.

و ما عن صاحب الرياض من عدم اعتبار عدم الإقباض بل المعتبر فى ثبوت الخيار للبائع عدم إتيان المشترى بالثمن إلى ثلاثة أيام سواء قبض المبيع أم لا و تبعه جماعة لا يمكن المساعدة عليه، فان ثبوت الخيار للبائع مع اقباض المبيع مخالف للوارد فى الصحيحة، و لعلّ هذه الجملة لم تكن فى النسخة الموجودة عند صاحب الرّياض، أو انّه قرء قبض بالتخفيف و بيّعه بالتشديد فيكون المراد فان قبض البائع الثمن فى ضمن ثلاثة فهو و الّا يثبت له الخيار، و لكن القراءة المزبورة غير صحيحة، لأنّ استعمال البيّع بمعنى البائع مفردا

غير معروف، و الأصل عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۳۸

ثم انه لو كان عدم قبض المشترى لعدوان البائع (۱).

التشديد فى بيعه نظير ما ذكر الشهيد (قده) من أصالة عدم المدّ فى البكاء الوارد فى قواطع الصّلاة.

أقول: لا يبعد أن يكون عدم اقباض المبيع فى ثلاثة فى الصحيحة كناية عن عدم وصول الثمن فإنّه لا يعطى البائع المبيع فى الثلاثة من غير أخذ الثمن إذا كان عدم إقباضه بعدم تمام العقد لعدم أخذ الثمن نظير ما فى موثقة إسحاق بن عمّار من قوله عليه السلام فمضت ثلاثة أيام و لم يجىء فلا بيع له حيث انّ عدم مجيئه كناية عن عدم مجيئه بالثمن. و امّا ما ذكر (قده) من أصالة عدم التشديد فى لفظة بيعه مضافا الى معارضته بعدم التشديد فى لفظة قبض لا تثبت ظهور اللفظ فى كونه بمعنى المبيع.

و الصحيح فى المقام ان يقال المفروض فى الروايات عدم اقباض المبيع بعد البيع إلى ثلاثة أيّام بمعنى كونه عند البائع. نعم الوارد فى رواية عبد الرحمن بن الحجاج مطلق و هو قوله من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و الّا فلا بيع له، و لكنّها لضعفها سندا بأبى بكر، بل للحسن بن الحسين اللؤلؤى لا يمكن الاعتماد عليه، و لكن مع ذلك إذا حصل اقباض المبيع بعد العقد و لو بفصل زمان و امتنع المشترى عن أداء الثمن يكون للبائع خيار الفسخ لأنّ أداء الثمن و عدم الامتناع عنه شرط ارتكازى فى بيع البائع و كذلك اقباض المبيع و عدم امتناعه عنه شرط كذلك فى شراء المشترى، و لا يكون اقباض المبيع بدون قبض الثمن إلغاء لهذا الاشتراط، بل رفع اليد عن حقّه بإمساك المبيع ليقبض الثمن، كما لا يخفى، و يؤيّد ذلك بل يدلّ عليه ما ورد من انّ البائع إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه فراجع.

(۱) ذكر (قده) فى المقام فروعا الأوّل انّه لو كان عدم قبض المشترى المبيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۳۹

....

لامتناع البائع عن أخذ الثمن و دفع المبيع اليه فلا يكون للبائع خيار بمضى ثلاثة أيّام فإنّ ظاهر الروايات انّ الخيار المزبور إرفاق للبائع لئلّا يقع فى محذور انتظار الثمن، و ضرر المحافظة على المبيع للغير، و إذا كان ذلك بامتناعه فلا يكون مورد الإرفاق يعنى انّ الإرفاق لا يناسبه.

و قد يقال انّه لا حاجة فى نفى الخيار فى الفرض الى استظهار الإرفاق لأنّ الموضوع للخيار فى موثقة إسحاق بن عمّار عدم مجىء المشترى بالثمن إلى ثلاثة، و مع امتناع البائع عن أخذه مع تمكين المشترى لا يحصل الموضوع المزبور، لا يقال الوارد فى صحيحة على ابن يقطين ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيّام فى فرض بقاء المبيع بيد البائع و عدم أخذه الثّمن، و لم يفصّل فى الجواب بثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيّام بين كون عدم الإقباض و القبض لامتناع البائع عن أخذ الثمن و عدمه فإنّه يقال لا يكون للبائع داع الى عدم القبض الثمن غالبا، و لهذا ظاهر السؤال عدم إقباضه المبيع مع عدم دفع المشترى الثمن.

الثانى: ما إذا حصل قبض المبيع بلا استحقاق بحيث يكون للبائع حقّ استرداده كما إذا أخذه المشترى من عند البائع بلا اذنه و رضاه فهل مع القبض المزبور و تأخير الثمن إلى ثلاثة أيام يثبت الخيار للبائع بأن يكون القبض المزبور كلا قبض أو انّه لا خيار معه لخروج الفرض بالقبض المزبور عن مدلول الروايات، أو انّه إذا استردّ البائع المبيع يثبت الخيار و الّا فلا، أو يبتنى ثبوت الخيار له بعد ثلاثة أيّام على كون القبض المزبور رافعا لضمان تلف المبيع قبل القبض عن بايعه أم لا- فانّ لم يرفع الضمان يكون الضرر الموجب لثبوت الخيار له بعد ثلاثة بحاله فيثبت له الخيار بخلاف ما إذا قيل بانتفاء ضمانه مع القبض المزبور فإنّه لا يثبت له الخيار فانّ الضرر الموجب

لثبوته ضرر ضمان التلف و ضرر انتظار الثمن، و ينتفى الضرران

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۰

[الثانى: عدم قبض مجموع الثمن]

الثانى: عدم قبض مجموع الثمن (۱).

مع أخذه المبيع من المشترى تقاصّا.

و اختار (قده) هذا التّفصيل، و لكن لا يمكن المساعدة عليه فإنه لو كان ظاهر الروايات، كما ذكرنا عدم قبض المشترى المبيع بان يكون المبيع عند بايعه فلا تعمّ الفرض مع عدم استرداده قبل ثلاثة سواء قلنا بارتفاع الضمان أو عدمه، و ما ذكر فى ملاك ثبوت الخيار لم يذكر فى الروايات بنحو العلية أو الموضوعية و قاعدة نفى الضرر لا تصلح للاعتماد عليها فى المقام على ما تقدم، بل الأظهر بحسب الروايات ملاحظة الاسترداد بعد القبض المزبور و قبل ثلاثة أيّام كما لا يخفى.

الثالث: ما إذا مكّن البائع المشترى عن أخذ المبيع و لو مع عدم قبض الثمن فلم يأخذ ففى هذا الفرض أيضا بنى ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام على انتفاء ضمان المبيع بتلفه قبل قبضه و عدم انتفائه فلا يثبت على الأوّل و يثبت على الثانى، و لكن قد تقدم انّ الموضوع للخيار عدم قبض المشترى المبيع و عدم قبض المشترى مع تمكين البائع و عدمه، بل ظاهر صحيحة زرارة صورة تمكين البائع عن أخذ المبيع.

الرابع: انّ قبض بعض المبيع كقبض كلّه أو كلا قبض أو يثبت الخيار بالإضافة الى غير المقبوض. أقول قد ذكرنا مرارا انّ الخيار يثبت فى البيع المنشأ ابتداء بحسب الإمضاء الشرعى لا فى البيوع الانحلالية حيث انّ ظاهر أدلّة الخيارات ثبوت خيار واحد لصاحبه و مع ثبوته فى كل من المعاملات الانحلاليّة يتعدّد، كما لا يخفى. و ان كان المفروض فى الروايات بقاء المبيع بتمامه عند بائعه الّا انّه يمكن الأخذ بموثقة إسحاق بن عمّار فانّ الخيار المذكور فيها للبائع يعمّ فرض أخذ بعض المثمن، بل فرض أخذ بعض الثمن ايضا فلا حظ.

(۱) من شرط ثبوت خيار التّأخير للبائع عدم قبضه تمام الثمن إلى ثلاثة أيّام،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۱

....

فلا يكفى فى انتفاء الخيار بعدها قبض بعضه فى الثلاثة حيث انّ ظاهر الأخبار فى مجىء المشترى بالثمن فى ثلاثة المجىء بتمام الثمن.

و يؤيّد ذلک بفهم أبى بكر عيّاش حيث حكم فى صورة قبض البائع بعض الثمن بثبوت الخيار له استظهارا من قوله عليه السلام من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيّام، و الّا فلا بيع له بل ربّما يستدلّ بهذه الرّواية على عدم كفاية قبض بعض الثمن تبعا للتذكرة، و لكن لا يخفى ما فى الاستدلال لضعف الرواية أولا، و عدم الاعتبار بفهم أبى بكر ثانيا.

و عن المحقق الايروانى انّه لم يتحقق عندى ما فهم أبو بكر عن الرواية و ما حكم به من القضاء لعبد الرحمن بن الحجّاج أو لصاحبه، و فيه انّه لو كان حكمه بلزوم البيع فى فرض قبض البائع بعض الثمن لما كان نقل قول الإمام بثبوت الخيار بعد ثلاثة للبائع مناسبا لذلک الحكم، و هذا الحكم يكشف عن فهمه منها قبض تمام الثمن.

و لو قبض البائع تمام الثمن بلا إذن المشترى فظاهر المصنف (ره) انّ هذا القبض كلا قبض فى انّه لو أجاز المشترى القبض إلى ثلاثة

فهو و انّما يثبت الخيار للبائع بعد تمام الثلاثة لظهور الأخبار فى مجىء المشترى بالثمن الموجب لكون قبض البائع بإذنه؛ أضف الى ذلك انّ الموجب لثبوت الخيار للبائع تضرره بضمان المبيع قبل القبض و عدم جواز تصرفه فى الثمن، و هذا الضرر باق بحاله مع القبض الفضولى.

نعم لو كان هذا القبض بحقّ كما إذا عرض البائع المبيع للمشترى ليأخذه فلم يأخذ و أخذ البائع الثمن بلا إذنه ففى هذه الصورة لا يثبت خيار التأخير للبائع، لأنّ ضرر عدم جواز التصرف فى الثمن منتف فى الفرض.

أقول: لو كان ظاهر الأخبار حصول قبض الثمن بإذن المشترى فكيف لا يدخل هذا الفرض فى مدلول الأخبار الظاهرة فى ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة، و لو قيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۲

....

بأنّ اعتبار مجىء المشترى بالثمن طريقى، و الغرض وصول الثمن إلى البائع، و لذا لو كان الثمن عند البائع قبل البيع فلا مورد لخيار التأخير، قلنا انّ هذا صحيح، و لكن لازمه عدم ثبوت الخيار للبائع بقبضه الثمن بلا اذن المشترى سواء كان ذلك بحق أم لا؛ كما التزم بذلك بعض حتى مع الالتزام بأنّه لا يكفى فى انتفاء الخيار قبض المشترى المبيع بلا إذن البائع بدعوى انّ المعتبر فى ناحية المبيع إقباض البائع، و هذا لا يحصل بقبض المشترى المبيع بلا إذن البائع بخلاف الثمن فانّ المعتبر فى ناحيته قبض البائع الثمن، و هو يحصل و لو بلا اذن المشترى، و لكن الظاهر عدم الفرق بينهما فى ذلك لأنّ الغرض من فرض عدم الإقباض و القبض فى ثبوت خيار التّأخير بقاء المالين عند صاحبهما الأصليّين.

و امّا دعوى بقاء ضرر الضمان أو ضرر الصبر على عدم التصرف فى الثمن فقد ذكرنا انّهما لم يؤخذا فى موضوع خيار التّأخير، فيحتمل اعتبارهما فى ثبوت الخيار بنحو الحكمة لا العلية.

لا يقال قبض البائع الثمن كاشف عن رضاه بالبيع المزبور فيكون ذلك مسقطا لخياره حتى ما لو قيل باعتبار القبض بالإذن فى انتفاء الخيار فإنّه يقال القبض المزبور بلا التفات الى الخيار لا يكون إسقاطا للخيار فإنّه لا يحصل بلا قصد.

ثم انّه لو قيل باعتبار الإذن من المشترى فى قبض الثمن فلا ينبغى التأمّل فى كفاية أجازته القبض الصادر بلا إذن حيث انّه بالإجازة يكون الإمساك بالثمن بإذنه فيحصل ما يحكم معه بلزوم البيع، و لكن هل الإجازة المزبورة كاشفة عن حصول القبض المعتبر من الأوّل أو من حيث الإجازة، فقد ذكر المصنف (ره) انّ الأظهر هو الثانى لما ذكرنا من انّ مع الإجازة يكون الإمساك بالثمن بالإذن؛ و عليه فلو قبض البائع الثمن بلا إذن منه فى ضمن ثلاثة أيّام، و أجاز المشترى القبض بعد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۳

[الثّالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]

الثّالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين (۱).

[الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهة كصاع من صبرة]

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهة كصاع من صبرة (۲).

انقضائها يثبت للبائع خيار التأخير.

أقول: إذا كان القبض متضمّنا للإنشاء و لو بنحو الإيقاع، فالظّاهر انّ الإجازة فيه يعتبر بنحو الكشف الحكمى، كما فى قبض الثمن الكلى و دعوى الإجماع على عدم جريان الفضوليّة فى الإيقاع. قد ذكرنا فى بحث الفضولى عدم تماميّة ذلك على الإطلاق؛ و امّا إذا لم يتضمّن الأمر الإنشائى كما فى قبض الثمن المعين فلا- يكون لإجازة الفعل الخارجى معنى إلّا كون الإمساك بالمال بإذنه و لا يخرج القبض السابق عن الفضولية حيث لم يكن الإمساك فى تلك القطعة من الزمان بإذنه؛ و على ذلك يترتّب الفرق فى الإجازة بعد الثلاثة بين كون المقبوض من الثّمن شخصا أو كليّا. و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) و لعلّه بلا خلاف، و ظاهر الرّوايات عدم تحقّق القبض و الإقباض مع عدم اشتراط التّأخير فى ناحية الثمن قطعا، و لكن الكلام فى كون منصرفها، و لا أقلّ من المتيقّن عدم اشتراط ذلك فى ناحية المثمن أيضا أم لا. و الوجه فى ذلك انّ تعليق لزوم البيع على مجىء المشترى بالثمن إلى ثلاثة أيّام من حين العقد، ظاهره فرض عدم اشتراط التّأخير فى ناحية الثمن، و لكن لا دلالة للروايات على اعتبار عدم الاشتراط التأخير فى ناحية المبيع كما لا يخفى.

(۲) ذكر (قده) ما حاصله انّ ظاهر الأصحاب و كذا ظاهر الروايات أو المتيقّن منها اختصاص خيار التّأخير بما إذا كان المبيع عينا خارجيّة أو شبيها بالعين الخارجيّة كالكلى فى المعين، فلا يكون للبائع خيار التّأخير فيما إذا كان المبيع بنحو الكلى على الذّمة. و بتعبير آخر لا ظهور فى شىء من الروايات فى عموم الخيار بحيث يثبت فيما إذا كان المبيع بنحو الكلى على الذّمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۴

....

امّا كلمات الأصحاب فقد ذكر الشيخ (قده) روى أصحابنا انّه إذا اشترى شيئا بعينه بثمن معلوم و قال للبائع أجيئك بالثمن فانّ جاء فى مدة الثلاثة كان البيع له و قد صرّح بالاختصاص فى التحرير و المهذّب البارع و غاية المراد، و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال و لا فرق فى الثمن بين كونه عينا أو فى الذّمة فإنّه لو كان هذا التعميم ثابتا فى ناحية المبيع ايضا لأضاف المبيع الى الثمن فى عدم الفرق، و لكن فى عبارات الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى إذا باع شيئا معيّنا بثمن معيّن و مقتضاه اعتبار كون الثمن ايضا عينا، و حيث انّ هذا الاعتبار فى ناحية الثمن غير محتمل فيراد بالمعين فى ناحية الثمن كونه معلوما. و لذا وصف فى التحرير تبعا للمبسوط فى عبارته المتقدمة المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم.

بل يمكن أن يقال انّ مع اختلاف الموصوف بالمعيّن يختلف الظهور فان كان الموصوف به هو الشىء يكون ظاهره العين الخارجيّة، و ان كان الموصوف هو الثمن يكون ظاهره تعيين مقداره. و الحاصل انّ المعتبر فى كلمات الأصحاب فى ناحية المبيع عدم كونه بنحو الكلى على العهدة. نعم فى بعض نسخ الجواهر للقاضى إذا باع شيئا غير معيّن بثمن معيّن و أخذ هذه النسخة فى مفتاح الكرامة، و نسب جريان الخيار فى غير المعين مع دعوى الإجماع على ذلك الى الجواهر، و لكن النسخة المزبورة غلط فإنّه لا يحتمل اختصاص الخيار بغير المعين و دعوى الإجماع عليه.

و لكن مع ذلك كلّه ينسب التعميم إلى الأكثر و قد نسب الشهيد فى الدروس الاختصاص بالمعين الى الشيخ (قده) و كأنّه قد فهم من كلام غيره التعميم.

أقول: ذكر العين فى بعض الكلمات أو الشىء المعيّن فى بعضها الآخر لا- يدلّ على الاختصاص لأنّ الكلى على العهدة داخل فى العين، كما ذكرنا ذلك فى تعريفهم البيع بأنّه تمليك عين بعوض و المبيع فى موارد الكلّى على العهدة الشىء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۵

[أمور قيل باعتبارها فى هذا الخيار]

[منها عدم الخیار لهما أو لأحدهما]

منها عدم الخیار لهما أو لأحدهما (۱).

بوجوده الخارجی؛ و لکنه لعدم وجوده فعلاـ أو بغیره تعهّد بأدائه و تحصیله بخلاف بیع الشخص، أو الکلی فی المعیّن حیث انّه لوجوده فعلا لا تعهد، بالإضافهٔ إلی تحصیله؛ بل بالإضافهٔ إلی أدائه فقط. و بالجملهٔ العین مقابل المنفعهٔ و توصیف الشیء بالمعیّن کما یکون باعتبار تعیّنه الخارجی و یکون باعتبار تعیین کمّه و مقداره فیمکن أن یکون توصیف الشیء بالمعین فی کلماتهم باعتبار تعیین مقداره کما هو الحال فی ناحیهٔ الثمن.

و الحاصل: انّه لا یستفاد الاتفاق من کلمات الأصحاب علی اختصاص خیار التّأخیر بالمبیع الشخصی، و علی تقدیره لا قیمهٔ له لانّ الاتفاق فی المقام لوجود الروایات المتقدمهٔ مدرکی فالمتّبع ظهورها فی اعتبار العین الخارجیّهٔ و نحوها لانّ ظاهر صحیحهٔ زرارهٔ، و ان کان فرض المتاع الخارجی بقرینهٔ قوله ثم یدعه عنده الّا انّه لا دلالهٔ لها علی نفی الخیار فی غیره.

و امّا صحیحهٔ علی بن یقطین فلا ظهور لها فی العین الخارجیّهٔ أی الشخص و دعوی انّ البیع لا یطلق علی المبیع إلّا فی موارد الشخص الواقع عرضهٔ للبیع لا تخلو عن الجزاف، و بهذا یظهر الحال فی موثقهٔ إسحاق بن عمّار فیکون الأخذ بظهورهما أی بالإطلاق فی الثانیهٔ و عدم الاستفصال فی الجواب فی الأولی مقتضاه الالتزام بالعموم فی الخیار الثابت للبائع بعد ثلاثهٔ أیّام. و اما روایهٔ عبد الرحمن بن حجاج فقد تقدم ضعفها سندا، و مع الإغماض عنه فظاهرها ایضا العموم.

و دعوی انصراف من اشتری شیئا الی العین الخارجیهٔ کانصراف المطلق الی بعض افراده یکذبها الرجوع الی موارد الاستعمال فی المحاورهٔ فالمتحصّل انّه لا یبعد القول بالتعمیم فی الخیار الثابت للبائع بعد ثلاثهٔ. و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) قیل کما عن التحریر یعتبر فی ثبوت خیار التّأخیر للبائع عدم خیار آخر فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۶

....

البیع للمتبایعین أو لأحدهما و الّا فلا یثبت للبائع خیار التأخیر بعد ثلاثهٔ أیام.

و ظاهر ابن إدریس یعتبر فی ثبوت خیار التأخیر عدم شرط الخیار لهما أو لأحدهما، و لعل مراده ایضا مطلق الخیار بحیث یعمّ خیار الحیوان ایضا، و ذکره شرط الخیار لأجل انّ موضوع کلامه المتاع لا ما یعمّ الحیوان و یستدلّ علی هذا الاشتراط بانصراف اخبار الباب عن کون البیع خیاریّا، و ذلک لما ذکر العلامهٔ و غیره فی أحکام الخیار من انّه لاـ یجب القبض و الإقباض مدهٔ الخیار و لو أقبض أحدهما ما انتقل عنه لا یجب علی الآخر اقباض ما عنده من مال صاحبه، بل یجوز له استرداد ما أقبض خلافا لبعض العامهٔ حیث بنوا علی عدم جواز الاسترداد بل یجب علی الآخر الإقباض، و لو امتنع عن الإقباض یجوز للآخر أخذ ما عنده بلا اذن، کما فی صورهٔ تسلیم ما عنده مع لزوم البیع.

و علی ذلک فمع ثبوت خیار آخر فی البین یکون للمشتری حقّ التأخیر فی تسلیم الثمن، و ظاهر الأخبار ثبوت خیار التّأخیر للبائع فیما إذا کان تأخیر المشتری فی أداء الثمن بلا حق، کما انّ ظاهرها کون عدم إقباض البائع المبیع لعدم تسلّمه الثمن من المشتری، فلا یعمّ ما إذا کان عدم تسلیمه لثبوت خیار آخر له فی البیع.

و لکن لا یخفی ضعف الاستدلال لأنّه کما سیأتی انّ الخیار حق متعلّق بالعقد و جواز تسلط أحد المتبایعین أو کلاهما علی فسخه لا ینافی وجوب القبض و الإقباض علیهما وجوبا حقیّا، حیث انّ الإمساک بهما بالامتناع عن التسلیم و التسلم تصرّف فی مال الآخر بلا رضاه. نعم لذی الخیار الإمساک بما انتقل عنه فیما إذا کان الإمساک المزبور بعنوان فسخ العقد؛ بل لو کان الخیار حقّا یتعلق بما

انتقل عنه فالثابت حق الاسترداد لا حقّ الإمساک.

و الحاصل: انّ وجوب القبض و الإقباض مقتضی حرمة مال الغیر و عدم جواز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۷

....

التّصرف فیه بلا اذن مالکه لا مقتضی لزوم البیع و عدم کونه خیاریا.

لا یقال ظاهر الأخبار لزوم البیع إلی ثلاثة أیّام و حدوث جواز البیع للبائع بعدها فإنّه یقال نعم و لکنّ اللزوم من جهة التأخیر فی القبض و الإقباض فلا ینافی عدم لزومه فی ثلاثة أیام أو بعضها من جهة أخری. و بتعبیر آخر الکلام فی کون الموضوع لخیار التّأخیر عام أو خاص بمعنی انّ الموضوع عدم القبض و الإقباض إلی ثلاثة أیّام مطلقا أو مع لزوم البیع فیها بأن ینتفی فیها سائر الخیارات. و الظّاهر إطلاق الموضوع فان حمل الروایات علی الثانی من حملها علی الفرد النادر حیث انّ خیار المجلس ثابت فی جمیع البیوع إلّا ما اشترط فیه سقوطه، و کذا خیار الحیوان إلی ثلاثة أیّام ثابت فی شراء الحیوان کما انّ ظاهرها ثبوت خیار التّأخیر للبائع بعد انقضاء ثلاثة أیّام من حین العقد. و علی الجملة فلو اعتبر فی خیار التّأخیر لزوم البیع فی الثّلاثة یلزم حمل الأخبار علی الصورة النادرة أو ارتکاب خلاف الظّاهر فیها بحمل ثلاثة أیّام من حین لزوم البیع لا من حین العقد و شیء منهما لا یمکن الالتزام به.

و ربّما یقال بأنّه یعتبر فی خیار التّأخیر عدم ثبوت خیار آخر للبائع فی الثلاثة فإنّ هذا الخیار شرع لدفع تضرر البائع علی ما تقدم و مع ثبوت خیار آخر یمکن له دفع ضرره بذلک الخیار. و ظاهر الأخبار لزوم البیع بالإضافة إلی البائع فی ثلاثة أیّام و حملها علی لزومه علیه من جهة تأخیر الثمن من قبیل تقیید الحکم بالسبب.

و لکن لا یخفی ما فیه أیضا فإنّ خیار التّأخیر لو کان مشروعا لدفع ضرر الصبر یکون المراد ضرر الصبر بعد ثلاثة أیّام و عدم إمکان تقیید الحکم بالسبب أجنبی عن المقام فانّ الکلام فی انّ الموضوع لخیار التّأخیر عدم القبض و الإقباض إلی ثلاثة أیّام، أو هذا مع عدم ثبوت خیار آخر للبائع فی تلک الثلاثة، و هذا لا یرتبط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۸

[و منها تعدّد المتعاقدین]

و منها تعدّد المتعاقدین (۱).

[و منها: أن لا یکون المبیع حیوانا أو خصوص الجاریة]

و منها: أن لا یکون المبیع حیوانا أو خصوص الجاریة (۲).

بسبب الحکم أی بالداعی إلی الجعل.

(۱) قیل بأنّه یعتبر فی ثبوت خیار التّأخیر للبائع تعدد العاقد لظهور الأخبار المتقدمة فی ذلک و لأنّ خیار التأخیر یثبت للبائع بعد انقضاء خیار المجلس، و مع وحدة العاقد لا ینتهی خیار المجلس إلّا بالإسقاط.

أقول: ظاهر الأخبار فرض تعداد البائع و المشتری لا العاقد، و مع تعدد هما یثبت خیار التّأخیر للبائع و لو مع وحدة العاقد کما لو وکّلا واحدا فی إجراء العقد و الوکیل المزبور لا- یثبت له خیار المجلس؛ و ما ذکر من ظهور الأخبار فی ثبوت خیار التأخیر مع فقد خیار المجلس أو بعد انتهائه غیر ظاهر حیث انّ ظاهرها، کما یأتی کون المبدء لثلاثة أیّام هو تمام العقد لا حین حصول الافتراق، و علی ما

ذکر فلاـ یثبت خیار التأخیر فیما إذا کان البائع و المشتری واحدا، کما فی ولیّ الطفلین، و عدم ثبوته له لأجل فقد ما یعتبر فی خیار التأخیر من عدم الإقباض و القبض لا لوحدته، کما لا یخفی.

(۲) المحکی عن الصّدوق (ره) انّه إذا اشتری جاریهٔ و قال أجیئک بالثمن فان جاء بالثمن الی شهر و الّا فلا بیع له، و ظاهر المختلف انّ الصدوق قائل بذلک فی مطلق الحیوان. و فی صحیحهٔ علی ابن یقطین قال سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل اشتری جاریهٔ و قال أجیئک بالثمن فقال (ان جاء فیما بینه و بین شهر و إلّا فلا بیع له) «۱»؛ و السند کما أشرنا صحیح فانّ الشیخ رواه بسنده عن محمد بن أحمد یحیی عن أبی إسحاق عن أبی عمیر عن محمد بن أبی حمزهٔ عن علی ابن یقطین

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۹ من أبواب الخیار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۹

ثم انّ مبدء الثّلاثهٔ من حین التفرق أو من حین العقد (۱).

و أبو إسحاق هو إبراهیم بن هاشم القمی (رضوان اللّه علیه) بقرینهٔ روایهٔ الشیخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن أبی إسحاق عن الحسن بن أبی الحسن الفارسی. و من الظاهر انّ أبو إسحاق الراوی عن الحسن بن، أبی الحسن هو إبراهیم بن هاشم فراجع.

و علی کل تقدیر فقد أورد المصنف (ره) علی الاستدلال بها علی استثناء الجاریهٔ أو مطلق الحیوان بأنّه لا قرینهٔ فیها علی فرض عدم إقباض الجاریهٔ لیکون ذلک موجبا لظهورها فی خیار التّأخیر فی الأمهٔ أو مطلق الحیوان لا یقال قد کان بهذا المضمون من التعبیر فی روایات خیار التّأخیر، کما فی روایهٔ عبد الرحمن المتقدّمهٔ من قول أبی بکر بن عیاش (من اشتری شیئا فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلاثهٔ أیّام و الّا فلا بیع له)؛ فإنّه یقال نعم و لکن قوله علیه السلام (فان قبض بیعه إلخ)؛ فی صحیحهٔ علی ابن یقطین المتقدمهٔ سابقا قرینهٔ علی کون المراد فی جمیع روایات ثلاثهٔ أیّام فرض عدم اقباض المبیع، و لیس بالإضافهٔ إلی الجاریهٔ أو مطلق الحیوان الوارد فی الصحیحهٔ قرینهٔ علی مثل هذا الفرض، کما ذکرنا فلا بدّ من حملها علی صورهٔ اشتراط تأخیر الثمن الی شهر فیکون الخیار لتخلف الشرط أو علی استحباب الانتظار الی شهر.

أقول: الالتزام بثبوت خیار التأخیر فی الأمّهٔ بعد شهر لا محذور فیه و قد احتمله الشیخ (قده) بعد نقل الروایهٔ غایهٔ الأمر لو تمّ إطلاق الصحیحهٔ بالإضافهٔ إلی صورهٔ إقباض الجارحیّهٔ فیلتزم بعد اعتبار عدم الإقباض فی الجاریهٔ المبیعهٔ فی ثبوت خیار التّأخیر لبائعها.

(۱) ظاهر التّعبیر فی بعض الروایات انّ ثلاثهٔ أیام تحدید لمدهٔ غیبوبهٔ المشتری فیکون مبدئها حین التفرّق کقوله علیه السلام (فان جاء فیما بینه و بین ثلاثهٔ أیّام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۰

[یسقط هذا الخیار بأمور]

یسقط هذا الخیار بأمور: (۱).

و الّا فلا بیع له)؛ و بعضها ظاهر فی انّه تحدید لمدّهٔ عدم قبض الثمن فیکون مبدئها تمام العقد کقوله علیه السلام فی موثّقهٔ إسحاق بن عمّار من اشتری بیعا فمضت ثلاثهٔ أیام و لم یجیء فلا بیع له و لا یبعد أن یکون الأول أیضا کنایهٔ عن ذلک. نعم مع عدم تمام الظهور أو معارضته یکون مقتضی الأصل العملی تأخیر الخیار الی ما بعد الثلاثهٔ بعد التفرّق.

(۱) يسقط هذا الخيار بأمور الأوّل إسقاطه بعد الثلاثة، و لا ريب كما لا خلاف فى جواز هذا الإسقاط بمعنى نفوذه فإنّه مقتضى كون الخيار حقّا و إسقاطه فى الثلاثة و ان لا يخلو عن المناقشة لكون الموجب له انقضاء الثّلاثة من غير حصول القبض و الإقباض. و بتعبير آخر تضرّر البائع بعد الثلاثة موجب له و ذلك الضرر غير فعلى فيكون إسقاطه فى الثلاثة من قبيل إسقاط ما لم يجب الّا انّ المناقشة غير صحيحة لما تقدم من انّ السقوط فى المقام اعتبارى، و كما يمكن اعتبار الملكية المستقبلة نظير الوصية التمليكيّة كذلك يمكن اعتبار السقوط الاستقبالى؛ و ما عن التذكرة من عدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التّفرّق بناء على حصوله بعد التّفرّق لا يمكن المساعدة عليه.

و امّا ما ذكره المصنّف (ره) من انّه لو لم يجز إسقاط خيار الشرط قبل التّفرّق يكون عدم جواز إسقاط خيار التأخير فى الثّلاثة بطريق أولى؛ فلعلّه أراد انّ الموجب لخيار الشرط اشتراطه فى العقد و هو حاصل بخلاف المقام فانّ الموجب لخيار التأخير الضّرر الحاصل للبائع بعد الثلاثة، و هذا غير حاصل فى الثلاثة.

و لكن لا ـ يخفى انّ الفرق غير فارق لأنّ الموضوع لخيار الشرط بناء على ثبوته بعد التفرّق هو العقد المشروط بعد التفرّق، كما انّ الموضوع فى المقام العقد مع تضرّر البائع فيه بعد الثلاثة و دعوى انّ تضرّر البائع أمر غير اختيارى، و التفرّق أمر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۱

....

اختيارى فلا يصحّ الإسقاط فى الثانى دون الأوّل كما ترى، فإنّه لو لم يصحّ الاسقاط لكونه إسقاطا لما لا يجب لم يجز فيهما و الّا جاز فيهما كما ذكرنا.

الثّانى شرط سقوطه فى العقد و قد ذكرنا فيما سبق انّ اشتراط سقوطه فى العقد يرجع الى إسقاطه و بما انّ سقوط الخيار بمعنى عدم ثبوته اعتبارى فلا بأس بأن ينشأ ذلك الأمر الاستقبالى الحاصل بكلّ سبب و منه اشتراطه فى العقد.

الثّالث: بذل المشترى الثمن بعد الثلاثة فإنّه لو فسخ البائع بعد الثّلاثة قبل بذل المشترى و مجيئه بالثمن فلا إشكال فى نفوذه فإنّه مقتضى تحديد الخيار بمضىّ الثلاثة و يشهد له رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه؛ و امّا إذا لم يفسخ حتى بذل المشترى بالثمن فيمكن أن يقال كما عن المصنف (ره) بسقوط الخيار لانّ الخيار لتدارك ضرر التّأخير أى الضرر الاستقبالى حيث انّ الضرر السّابق على أخذ الثمن لا يتدارك بأخذه، و مع بذل المشترى لا ضرر كذلك، و يمكن دعوى انصراف اخبار الباب ايضا عن صورة البذل.

أقول: دعوى الانصراف فى الروايات لا ـ وجه لها و قاعدة نفى الضرر لا تثبت الخيار فى المقام و غيره؛ فالأظهر عدم سقوط الخيار بالبذل المزبور.

الرابع: أخذ البائع الثمن من المشترى بعد ثلاثة أيّام و لا شبهة فى انّ أخذه بقصد الالتزام بالبيع و الجرى عليه إسقاط فعلى، فهل بأخذه يحكم بسقوط الخيار و انّه بقصد الالتزام بالمعاملة أو بشرط العلم بقصده بان لا يحتمل كون أخذه بقصد العارية و الوديعة و نحوهما، أو يكفى الظّن النوعى نظير ما تقدم فى سقوط خيار الحيوان بالتصرّف فيه زمان الخيار مع الاتفاق بأنّه لا عبرة بالظنّ الشخصى و قد تقدّم اعتبار الظهور الفعلى و انّه كالظهور القولى، و لا يبعد أن يكون سبق المعاملة قرينة عرفيّة على كون الأخذ بذلك العنوان فلا يحتاج السقوط إلى قرينة أخرى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۲

[فى كون هذا الخيار على الفور]

فی کون هذا الخیار علی الفور (۱).

و ذکر المصنّف (ره) انّ البحث فی کون الأخذ مسقطا مبنی علی عدم کفایة البذل فی الإسقاط و الّا یسقط الخیار بالبذل قبل الأخذ، و لکن لا یخفی انّ الأخذ یتحقّق فی غیر مورد البذل ایضا؛ و علی تقدیر کون البذل مسقطا یجری الکلام فی کون الأخذ أیضا مسقطا أم لا کما إذا أخذ البائع الثمن من عند المشتری.

و امّا مطالبة البائع المشتری ببذل الثمن فلا- یوجب سقوط خیاره و لو مع عدم بذل الثمن و دعوی دلالتها علی رضا البائع بالبیع لا یمکن المساعدة علیها فانّ الرّضا علی تقدیر تحقق البذل و أخذ الثمن لا مطلقا. و بتعبیر آخر الضرر الاستقبالی الذی یتدارک بالخیار بعد المطالبة بحاله و لا دلالة فیها علی إغماض البائع عنه کما لا یخفی.

(۱) کون الخیار علی الفور أو التراخی مبنیّ علی انّ المرجع عند الشک فی لزوم البیع و جوازه فی زمان هو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، أو استصحاب بقاء الخیار أولا یرجع الی شیء منهما؛ امّا العموم لکونه استمراریّا لا افرادیّا؛ و امّا الاستصحاب فلعدم إحراز موضوع الخیار فیرجع الی استصحاب بقاء المالین علی حالهما بعد الفسخ المشکوک صحته؛ و لکن یمکن فی المقام للمصنف (ره) القول بتراخی الخیار، کما هو مقتضی إطلاق نفی البیع بعد ثلاثة، و لکن یرد علیه انّ الأخذ بإطلاق ینافی ما تقدم منه انّ الخیار لتدارک الضرر الاستقبالی الحاصل بتأخیر القبض و الإقباض؛ و من الظّاهر انّ الضرر فی الزمان الثانی حاصل بترکه الفسخ فی الزمان الأول و لعله یشیر الی ذلک بقوله فتأمّل.

و امّا الاستصحاب فلأنّ الشک فی بقاء الخیار فی الزمان الثانی من قبیل الشک فی المقتضی؛ و علی کل تقدیر، فالصحیح الالتزام بالتراخی فإنّه مقتضی نفی البیع مطلقا، فإنّه لو کان الخیار علی الفور فاللّازم تقیید نفیه، و لو بان یقول لا بیع یوم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۳

[لو تلف المبیع بعد ثلاثة من مال البائع]

لو تلف المبیع بعد ثلاثة. (۱)

الرابع و یؤید ذلک ما ذکرنا سابقا من انّ المذکور فی اخبار الباب تحدید للشرط الارتکازی لکل من المتعاقدین ملکه فسخ البیع علی تقدیر عدم وفاء صاحبه بالعقد.

(۱) لو تلف المبیع بعد ثلاثة أیّام و بعد الخیار للبائع یکون ذلک التلف علی البائع لکونه قبل القبض کما یشهد له النبویّ المنقول عن العامّة فی بعض کتب الفقه لأصحابنا من قوله (ص) التلف قبل القبض من مال بایعه و بعد انجبار ضعفه بعمل المشهور یتعیّن الأخذ بإطلاقه حیث یعمّ التلف قبل زمان الخیار و زمانه و بعد الخیار کما إذا أسقط الخیار بالتّأخیر أو ببذل المشتری الثمن.

لا یقال یعارض النبوی الملازمة المستفادة من الروایات بین کون نماء شیء لشخص و درک تلفه علیه کالواردة فی بیع الخیار حیث استشهد فیها الإمام علیه السلام لکون نماء المبیع للمشتری بکون تلفه علیه و کذلک یعارضه قاعدة کون التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له.

فإنه یقال ما دلّ علی انّ تلف المبیع قبل قبض المشتری من مال بائعه أخص بالإضافة إلی قاعدة الملازمة حیث یلتزم بها إلّا فی مورد کون المبیع بید بایعه بل یمکن أن یقال قاعدة الملازمة تنفی الضمان بالبدل عن الغیر لا ضمان الانحلالی کما هو المفروض فی التلف قبل القبض و ما دلّ علی انّ التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له لا عموم فیها، بحیث یعمّ جمیع الخیارات بل غایته خیاری الحیوان

و الشرط أو المجلس ایضا فیما کان خیاره لأحدهما فقط بل لا إطلاق له بحیث یعمّ قبل القبض بل یختصّ بما بعد القبض، کما هو المفروض فی تلف الحیوان بید المشتری و المفروض فی خیار التأخیر وقوع التلف قبل القبض.

أقول: یمکن أن یکون المستند فی ضمان تلف قبل القبض السیرهٔ العقلائیهٔ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۴

....

الممضاهٔ فی الشرع، کما یشهد لذلک معتبرهٔ عقبهٔ بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی رجل اشتری متاعا من رجل و أوجبه غیر انّه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیتک غدا إنشاء اللّه تعالی فسرق المتاع من مال من یکون؟ قال (من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته، و إذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقّه حتی یردّ ماله الیه) «۱»؛ و لکن مقتضاها عدم کفایهٔ تسلیم المبیع فی خروج البائع عن الضمان فیما إذا لم یأخذه المشتری، و هذا یکون أوسع من السیرهٔ؛ و لکن شمولها لما إذا امتنع المشتری من قبض المتاع مع تسلیم البائع، و لو مع عدم قبض الثمن، بان کان ترک المتاع عند البائع بغیر رضاه لا یخلو عن التأمل.

و قد ظهر ممّا تقدم انّه لا فرق فی ضمان البائع تلف المبیع قبل القبض بین کونه فی الثلاثهٔ أم بعدها، و مع تحقق القبض یکون تلفه علی المشتری من غیر فرق ایضا بین الثلاثهٔ أم بعدها الّا انّه یظهر من المحکی عن الشیخ فی المختلف التفصیل، و هو انّه إذا کان التلف فی الثلاثهٔ فإن کان قبل القبض فهو من مال البائع، و ان کان بعده فهو من مال المشتری. و امّا إذا کان التلف بعد الثّلاثهٔ فضمان تلفه علی البائع لأنّ الخیار له. و أورد علی ذلک فی المختلف بأنّه مع القبض لا یکون للبائع خیار بعد الثلاثهٔ و ذکر المصنف (ره) ان تعلیله الضمان علی البائع بکون الخیار له قرینهٔ علی انّ التلف بعد الثلاثهٔ مفروض مع عدم قبض المتاع.

أقول: التعلیل لا- یناسب الحکم لأنّ ضمان البائع المتاع قبل الثلاثهٔ أو بعدها، کما ذکرنا لکون التلف قبل القبض و خیار البائع بعد الثلاثهٔ لو لم یکن مقتضیا لکون

(۱) الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۱۰ من أبواب الخیار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۵

[لو اشتری ما یفسد من یومه]

لو اشتری ما یفسد من یومه (۱).

الضمان علی المشتری فلا أقل من عدم کونه مقتضیا للضمان علی البائع.

نعم عن الایروانی (قده) توجیه العبارهٔ بأنّ الحکم المزبور مبنی علی مسلکه من عدم حصول النقل و الانتقال زمان الخیار من غیر فرق بین الخیار المتصل بالعقد أو المنفصل عنه و علی ذلک فان حصل قبض المتاع فی الثلاثهٔ فلا یکون البیع خیاریّا، فیکون ضمان المبیع لکونه بعد القبض علی مالکه الفعلی، أی المشتری بخلاف ما إذا لم یحصل القبض فیما یکون البیع خیاریّا، و یکون تلف المبیع عن مالکه، و هو البائع؛ و فیه انّ هذا التوجیه ایضا غیر صحیح لانّ المذکور فی عبارهٔ الشیخ فرض التلف فی الثلاثهٔ تارهٔ و بعدها أخری لا فرض القبض فی الثلاثهٔ تارهٔ، و قبض المبیع بعدها أخری فالتّوجیه علی تقدیره یجری فی الثّانی لا الأوّل.

(۱) المشهور على انّه لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه و بين الليل فهو و الّا فلا بيع له، و يستدلّ على ذلك بمرسلة محمد بن أبى حمزة عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يشترى الشيء الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الّا فلا بيع له «۱»؛ و مرسلة حسن بن رباط على ما فى الفقيه؛ و لكن أسندها فى الوسائل إلى زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل «۲»؛ و الظاهر بقرينة التمثيل انّ المراد بالفساد زوال طراوته بالمبيت، و لو فى بعض أيّام السنة لشدة الحرارة فى تلك الأيّام فيكون الإمهال فيها الى اللّيل بمعنى انّ للبائع بعده خيار، و هذا فيما إذا كان فى الليل ايضا سوق ليتيسّر له بيعه بعد الفسخ.

---

(۱). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۱۱ من أبواب الخيار.

(۲). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۱۱ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۶

[السادس خيار الرؤية]

اشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترط فيه (۱).

و فى الأمكنة التى ينتهى السّوق فيها بدخول الليل أو بزوال الشمس لا يبعد الخيار للبائع فى آخر أزمنة السوق للسيرة الجارية بين العقلاء على ذلك و هذه السيرة هى العمدة حيث يحتمل جدا أن يكون ثبوتها وجها لعمل المشهور بالروايتين مع ضعفهما بالإرسال، و عليه يكون الملاک فى ثبوت الخيار للبائع فوت السوق فى البيع الذى يفسده المبيت بمعنى يثبت للبائع فى آخر أزمنة انتهاء السوق خيار الفسخ.

بل لا يبعد أن يكون مجرد انتهاء السوق موجبا للخيار له، و ان لم يكن المبيت موجبا لفساده، و المراد بانتهاء السوق عدم التمكن على بيعه بالثمن الذى يباع به فى ذلک الزّمان. فإنّ العبرة فى بناء العقلاء مجيء المشترى بالثمن قبل انتهاء السوق فيما كان عدم مجيئه و بقاء المبيع عند بايعه عرضة لتنزّل قيمته بانتهاء السوق أو طروّ الفساد عليه بل و مع عسر بيعه بعد ذلک، و ان لم يفسد و لم يتنزّل قيمته السوقيّة، و ليس المدرک لهذا الخيار قاعدة نفى الضرر ليقال انّها لا يثبت الخيار أو ان فوات السوق من قبيل فوت النفع لا الضرر.

ثم انّ المراد من كون عهدة البائع يوما ليس هو اليوم الكامل بل ينتهى عهدته بدخول الليل سواء كان البيع فى أول اليوم أو أثنائه بقرينة أنّ المبيت بالمبيع هو الموجب لثبوت الخيار بخلاف ثلاثة أيام فى غير ما يفسده المبيع فانّ ظاهر ثلاثة أيّام الثلاثة التامة المتصلة، و ليس فيه قرينة على رفع اليد عن هذا الظهور. نعم يكفى فى الثلاثة التلفيق كما فى سائر الموضوعات المقدرة بالأيّام كأقلّ الحيض و عشرة الإقامة و غيرهما، و حيث انّ ظاهر اليوم بياض النهار فيكون الليالى المتوسطة داخلة بلحاظ الاستمرار على ما تعرضنا لذلک فى بعض المباحث السابقة.

(۱) ظاهر عنوان المسألة كما ذكر المصنف (ره) انّ خيار الرؤية من افراد خيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۷

....

تخلف الشرط حیث ان اشتراط وصف فی المبیع، بمعنی جعل الخیار علی تقدیر تخلف ذلک الوصف و علی ذلک فیکون ثبوت الخیار فی الفرض مقتضی قوله (ص) المسلمون عند شروطهم لا قاعدة نفی الضرر بل کما ذکرنا سابقا انّ نفی الضرر مقتضاه نفی صحّة البیع و مع اشتراط الخیار فیه لا یناسب الامتنان رفعها.

و امّا الاستدلال بصحیحة جمیل بن دراج «۱» فلا یناسب خیار تخلف الشرط فانّ ظاهرها عدم اشتراط وصف فی شراء تلک الصّنیعة و الّا لکان للمشتری الفسخ أخذا بشرطه من غیر انّ یطلب من بائعها الإقالة لا یقال لو لم یکن فی البین اشتراط الوصف لکان البیع بعدم مشاهدة تمام المبیع غرریا فإنّه یقال الظاهر انّ المشتری اعتقد بحال الصنیعة بالورود و الخروج منها؛ و لذا یری لزوم البیع فطلب من صاحبها الإقالة.

و الحاصل: انّ ظاهر الصحیحة ان خیار الرؤیة حکم شرعی یترتّب علی شراء شیء بدون مشاهدته أصلا أو تماما فیما کان ذلک الشیء یباع بالمشاهدة بان اکتفی فی شرائه بالتوصیف أو إحراز حاله بمشاهدة بعضه لا- یقال یحتمل أن یکون المراد بالخیار فی الروایة الاختیار فی الشراء و عدمه بمعنی انّ البیع السابق محکوم بالبطلان لعدم مشاهدة تمام المبیع و لیس بمعنی حق فسخ البیع و إقراره کما هو المعروف فی خیار الحیوان و المجلس و غیرهما و یأتی انّ الخیار بمعنی بقاء اختیار الشراء و عدمه هو المراد من صحیحة زید الشّحام.

فإنّه یقال لا- یحتمل ذلک فی صحیحة جمیل فإنّه إذا نظر المشتری الی تسع و تسعین جزء من الصّینیعة و اعتقد حالها فلا موجب لبطلان البیع حیث یکفی هذا المقدار

---

(۱). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۱۵ من أبواب الخیار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۸

....

فی خروج شراء تمامها عن الغرر و لو فرض انّه لم یعتقد بحال القطعة التی لم یشاهدها لکان البیع بالإضافة إلی تلک القطعة باطلا لانحلال البیع بالإضافة إلی قطایعها، کما لا یخفی فیکون المشتری مخیرا بین إمضاء البیع بالإضافة إلی القطع التی رآها و بین فسخه لا مخیرا بین شرائها تمامها و ترک شرائها، کما هو مقتضی الروایة لظهور اسم الإشارة من (قوله علیه السلام لکان له فی ذلک) فی الإشارة إلی شراء الصنیعة الذی وقع السؤال عن طلب الاستقالة فیه و عدم اجابة البائع بالموافقة و مفاد الجواب انّه لا حاجة الی الإقالة فإنّ للمشتری لعدم رؤیته تمام المبیع الخیار فی الشراء.

و یظهر من صاحب الوسائل (قده) انّه استظهر خیار الرؤیة من صحیحة زید الشّحام ایضا حیث أوردها فی الباب الذی عنونه بخیار الرّؤیة قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری سهام القصابین من قبل أن یخرج السهم فقال لا تشتر شیئا حتی تعلم أین تخرج السهم فانّ اشتری شیئا فهو بالخیار «۱» إذا خرج.

و لکن لا- یخفی انّه لو کان المراد شراء السهم المشاع قبل إفرازه و تعیّنه فلا- مانع عنه و یکفی فی جوازه مشاهدة الکل و معلومیّة السهم، و فی الفرض و ان یثبت للمشتری خیار الحیوان الّا انّه من حین الشراء لا من حین خروج السهم و تعیّنه خارجا فظاهر الرّوایة لا یناسب الفرض و ان أرید شراء السّهم الخارج قبل خروجه و تعیینه خارجا؛ فهذا الشراء باعتبار عدم تعین السهم حال البیع من شراء الفرد المجهول فیکون محکوما بالبطلان، و ظاهر الروایة ذلک حیث نهی علیه السلام عن

(۱). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۱۵ من أبواب الخيار.

ثم ان صحيحة جميل مختصة بالمشترى (۱) فيمكن حمله على شراء عدد معيّن نظير الصّاع من الصّبرة (۲).

شراء السهم قبل خروجه أولا، ثم ذكر انّه لو اشترى يكون له الخيار حين خرج فيكون المراد من الخيار الاختيار فى الشراء و تركه.

و امّا صحيحة عبد الرحمن الحجاج عن المنهال القصاب فلا ترتبط بخيار الرؤية و لا بالمراد من صحيحة زيد بل مدلولها عدم كفاية تعيين السهم خارجا بالنحو المزبور، بل لا بدّ فيه من تعديل السهام أوّلا ثم إخراجها و لو بالقرعة.

(۱) لرجوع الضمائر فى السؤال و الجواب الى الرجل المفروض فى الرواية انّه اشترى الصنيعة و إرجاعها إلى بائعها خلاف الظاهر، لعدم ذكر البائع فى السؤال قبل الضمائر. و الحاصل احتمال انّ البائع هو الذى باع الصّنيعة من غير مشاهدة كلّها بعيد؛ و أبعد من ذلك دعوى احتمال انّ الخيار فى الصّحيحة يعم كلا من البائع و المشترى و وجه الأبعدية انّ الوارد فيها الخيار لمن فرض السائل عدم رؤيته تمام الصّنيعة لا لكل من لم ير تمام الصنيعة سواء كان بائعا أو مشتريا.

(۲) أقول: تصوير البيع بنحو الكلى فى المعيّن يجرى فى الجملة التى تكون متساوية الأجزاء. و امّا فى مثل الحيوان ممّا يختلف أفراده عادة بحسب القيمة فتصوير بيع الكلى فى المعين لا يكون بتعيين العدد بل بتعيين نسبة قيمة المبيع الى المجموع، كما إذا باع من قطيع غنم عددها مأة مقدارا من الغنم يكون قيمة ذلك المقدار بالإضافة إلى مجموع قيمة القطيع عشرا، و مثل هذا البيع محكوم بالصّحة و يثبت فيه خيار الحيوان للمشترى، و لكن من حين البيع لا- من حين تعيين المقدار المبيع خارجا بل لو عيّن البائع فردا لا يدخل ذلك الفرد فى عنوان المبيع كان للمشترى استرداد ذلك الخارج و طلب تعيين الفرد المنطبق عليه عنوان المبيع، كما هو الحال كذلك فى بيع الكلّى على العهدة و دفع البائع فردا لا ينطبق عليه عنوان

[مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة]

و المعروف انّه يشترط فى صحته ذكر أوصاف المبيع (۱).

المبيع على العهدة.

نعم لو شاهد سابقا الجملة و بعد شراء الكلى فى المعين رأى تمام الجملة أنّها تغيّرت عن الرّؤية السابقة يكون له خيار الرّؤية، و بذلك يظهر انّه لا يختصّ خيار الرّؤية بالعين الشخصيّة بل يجرى فى الكلّى فى المعين فى بعض الموارد.

(۱) يعتبر عند المشهور فى بيع العين الغائبة ذكر أوصاف تلك العين بحيث يرتفع الغرر عن البيع و عبّر فى بعض الكلمات بذكر الأوصاف التى يعتبر ذكرها فى بيع الشّىء سلما، و فى بعضها الآخر بذكر الأوصاف التى يختلف قيمة الشىء بها كما يذكر فى بعضها ذكر الصّفة؛ و المراد من جميع ذلك واحد. و لذا ادّعى الإجماع على كلّ منها قال فى التذكرة يعتبر فى بيع الشىء الغائب وصفه بما يكفى فى بيع السّلم عندنا، و فى موضع آخر منها انّه يعتبر فى بيع الشىء الغائب ذكر الأوصاف بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع، و ذلك بذكر الجنس و سائر الأوصاف التى يختلف بها قيمة الشىء و يطرء الجهالة بعدم تعيين تلك الأوصاف، و فى جامع المقاصد يعتبر ذكر الأوصاف الّتى يختلف بها قيمة الشّىء، و فرع على ذلك ذكر الأوصاف بما يكفى فى بيع الشّىء سلما.

ثم انّ المصنف (قده) قد أورد فى المقام إشكالات خمسة و أجاب عنها الأوّل انّ الجمع بين قولهم يعتبر فى بيع الشىء غائبا ذكر تمام

الأوصاف التى يختلف بها قيمة الشّىء مع قولهم يكفى فى بيع الشّىء الغائب ذكر الأوصاف التى يكفى فى بيع الشىء سلما لا يخلو عن تناف و ذلك فإنّهم ذكروا انّه لا يعتبر فى بيع الشىء سلما ذكر تمام الأوصاف بحيث يوجب اعتبار جميعها ندرة وجود المبيع أو لتعذر استقصاء الأوصاف و ذكر تمام الأوصاف فى بيع الشّىء الغائب لا- يوجب محذورا لفرض وجوده فعلا- فى الخارج فيمكن استقصاء أوصافه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۱

....

و أجاب عن هذا الإشكال بأنّه يحتمل أن يكون مرادهم ذكر الأوصاف التى يعتبر فى بيع الشىء سلما، لو لا المحذور المزبور و يكون ذلك المحذور موجبا للمسامحة فى بيع الشىء سلما بحيث يعتبر فيه ذكر عمدة تلك الأوصاف، بل يمكن أن يقال ذكر تمام الأوصاف الّتى يختلف بها قيمة الشّىء فى بيعه غائبا ليخرج بيعه عن الغرر معتبر فى بيع الشىء سلما أيضا، لأنّ الغرر فى البيع مبطل له من غير فرق بين السلم و غيره فلا وجه لإلغاء اعتبار ذكرها فى السلم حتى فيما تعذر استقصائها و معنى اعتبار الاستقصاء حتى فى حالة تعذره بطلان البيع لعدم التمكن على شرط البيع، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يضبط أوصافه.

الإشكال الثانى: الظاهر عدم اعتبار ذكر تمام الأوصاف التى تختلف بها قيمة الشّىء فى بيعه غائبا لأنّ تلك الأوصاف كثيرة لا تستقصى عادة خصوصا فى العبد و الأمة حيث انّ أوصاف الكمال المختلف بها قيمتها لا تنحصر بعدد، و إذا لم يستقص تلك الأوصاف يكون بيع الغائب غرريّا خصوصا بملاحظة انّ الغرر عرفا أخص من الغرر شرعا بمعنى انّه ربّما لا يكون فى بيع الشّىء غرر عرفا مع تحقق الغرر فيه شرعا، كما إذا باع الشىء سلما و عيّن وقت الإقباض بزمان الحصاد.

الثالث: انّه لا يعتبر فى بيع الشىء الحاضر الذى يباع بالمشاهدة، كالحيوان و الأمة و نحوهما الاطّلاع على تمام أوصافها التى تختلف بها قيمتها و الّا لما جاز بيعها بالمشاهدة إلّا ممن يكون من أهل خبرة ذلك الشىء المشاهد، و إذا لم يعتبر فى بيع العين الحاضرة العلم بتمام تلك الأوصاف فكيف يعتبر فى بيع الشىء غائبا بل فى بيعه سلما.

و أجاب عن جميع الإشكالات الثلاثة بأنّه يعتبر فى بيع الشىء عدم الغرر فيه عرفا، و إذا شوهدت العين أو وصفت بعمدة أوصافها لا يكون فى بيعها غرر عرفا،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۲

[الأكثر على انّ الخيار عند الرؤية فورى]

الأكثر على انّ الخيار عند الرؤية فورى (۱).

و كذا الحال فى بيع الشىء سلما، و كلّما دلّ الشرع على اعتبار أمر زائد على عدم الغرر العرفى فيؤخذ به فى ذلك المورد، كما إذا دلّ على اعتبار تعيين زمان الإقباض بالأيّام و الشهر لا بالحصاد و نحوه، و يتمسك فى غيره بإطلاق حل البيع و عدم الغرر فيه عرفا و يكون نتيجة ذلك اعتبار ذكر الأوصاف فى بيع العين الغائبة؛ بل فى بيع الشّىء سلما بتوصيفه بما يكون وسطا بين الإجمال و التفصيل.

الإشكال الرابع: انّه ان أخذت الأوصاف فى ناحية المبيع بان قيد بها فيحكم بفساد البيع للجهل بوجود المبيع المزبور خارجا و ان لم تؤخذ فى المبيع فالبطلان باعتبار الجهل بأوصافها.

و لكن هذا الإشكال أيضا مندفع بما تقدم من انّه لا معنى لأخذ الأوصاف غير المقومة فى ناحية المبيع الّا الاشتراط أى جعل الخيار

علی تقدیر فقدها، و ما هو قابل للتقیید هو الکلّی دون العین الخارجیة، فلا یوجب أخذها فی المبیع الجهل بوجود المبیع.

(۱) ذکر (قده) انّ خیار التأخیر عند الأکثر علی الفور و منسوب الی ظاهر الأصحاب بل فی التذکرة عدم الخلاف فی فوریّته عند المسلمین الّا ابن حنبل حیث جعل امتداده بامتداد مجلس الرؤیة و احتمل فی نهایة الأحکام و لا یعرف وجه للالتزام بفوریّته الّا الاقتصار فی رفع الید عن أصالة لزوم العقد بالقدر المتیقن.

و علی ذلک فیرد علی القائلین بالتراخی فی خیاری العیب و الغبن بأنّ التفکیک بینهما و بین خیار الرّؤیة بالأخذ بأصالة اللزوم فی خیار الرؤیة بالإضافة الی غیر القدر المتیقن دونهما بلا وجه مع انّ ملاحظة صحیحة جمیل المتقدمة مقتضاه الالتزام بالتراخی فی خیار الرؤیة حیث لم یقید فیها علیه السلام خیار الرّؤیة بمدة.

ثمّ ذکر انّ دعوی الإطلاق فی الصّحیحة لا تصحّ بناء علی ما تقدم من انّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۳

....

الخیار فی المقام بملاک نفی الضرر و کون لزوم البیع ضرریّا و الضرر ینتفی بثبوت الخیار فی الزمان الأول و لا یکون الضرر فی الزمان الثانی من لزوم البیع بل من ترک الفسخ فی الزمان الأول، و لذا لا یتمسک فی إثبات التراخی باستصحاب الخیار لارتفاع الموضوع و لا أقل من عدم إحراز بقائه.

أقول: قد تقدّم انّ خیار الرؤیة لا یدور مدار تحقق الضرر علی المشتری بل إذا اشتری عینا غائبا فوجدها علی خلاف ما رآها سابقا أو علی خلاف ما أحرز ما فیها من الوصف یثبت له الخیار سواء کان فی ذلک الشراء ضرر علی المشتری أو وجدها علی خلاف صلاحه و رغبته فقط، و ذلک فانّ الخیار لا یثبت بقاعدة نفی الضرر أصلا، و انّ المدرک للخیار فی المقام صحیحة جمیل المتقدمة، و لم یذکر فیها عنوان الضرر موضوعا و لا ملاکا. و لا یبعد أن یقال بأنّ مقتضی الإطلاق فیها تراخی الخیار.

و دعوی انّها بصدد أصل ثبوت الخیار فقط من غیر تعرّض لسائر الجهات لا یمکن المساعدة علیها لأنّ الأصل فی کلّ خطاب یتضمن الحکم و موضوعه کون المتکلم بصدد بیان ذلک الحکم و موضوعه بتمام قیودهما التی منها الزّمان. و بتعبیر آخر تقیید مثل خیار الحیوان فی الخطابات بزمان خاص و عدم تقیید مثل خیار الرؤیة به مقتضاهما الالتزام بدخل الزمان فی الأول دون الثّانی.

أضف الی ذلک ما ذکره السید الیزدی (قده) من انّ الحکم فی الصحیحة بثبوت خیار الرؤیة للمشتری المفروض فیها لا یمکن إلّا بالتراخی فی ذلک الخیار لأنّ الإمام علیه السلام قد حکم فیها بالخیار للمشتری فعلا أی بعد ما رأی القطعة التی لم یرها الی ما بعد البیع و بعد استقالته البائع و عدم موافقته علی الإقالة و بعد سؤال جمیل الإمام علیه السلام عن حکم الشراء المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۴

....

نعم دلالتها علی التراخی کذلک بالإضافة إلی المشتری المفروض فی الرّوایة حیث کان فی الزّمان الأوّل بعد البیع جاهلا بثبوت خیار الرؤیة له، و یمکن اختلاف الخیار فی الفوریّة و عدمها بالإضافة إلی العالم و الجاهل بالخیار و عدم کون الجهل بالحکم عذرا بالإضافة الی مخالفة التکلیف و الحکم لا بالإضافة إلی اختلاف جعل الحقّ، و منه الخیار کما لا یخفی فما ذکره (ره) فی ذیل کلامه من عدم کون الجهل بالفوریة عذرا فتکون مقتضی الصحیحة التراخی فی الخیار مطلقا ضعیف لانّه بعد إمکان اختلاف الجاهل بالخیار و العالم به فی الفوریة و عدمها یشکّل استفادة الحکم بالتراخی فی حق من کان عالما بثبوت خیار الرؤیة له، و لکن أخّر الفسخ و لو مع جهله بفوریّته.

و لكن يمكن دفع هـذا الإشـكال بإطلاق الحكم على المشترى المزبور بأنّ له خيار الرؤية حيث لم يقيّده عليه السـلام بأوّل زمان علمه بالخيار، بل لا يمكن هذا التقييد كما لا يخفى.

و قد يجاب عمّا ذكره السـيد اليزدى (ره) انّ الظاهر من أمثال الصـحيحة أنّها سؤال عن الحكم لا انّه وقع أمر شخصى أريد السؤال عن حكمه فأصـحاب الأئمّـة عليهم السـلام كانت طريقتهم فرض مسائل لأخـذ الجواب و الثبت فى كتبهم، و لعلّ كثيرا منها لم تكن واقعة فى الخارج، كما يظهر بالمراجعة إلى الأصول المنقول فيها رواياتهم فلا وجه لما ذكر.

أقول: لم يظهر وجه الجواب فانّ ارادة السؤال عن الحكم الكلّى لازمه أن يعمّ الجواب الكلى الواقعـة المفروضـة فى السؤال أيضا لا أن لا يعمّ الجواب شـخص الواقعـة المفروضـة فى السؤال، كما لا يخفى. و محور كلام السـيد اليزدى (قـده) انّه لو كان خيار الرّؤيـة بنحو الفور لم يمكن ثبوت الخيار فعلا للمشترى المفروض فى السؤال.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۵

[يسقط هذا الخيار بترك المبادرة]

يسقط هذا الخيار بترك المبادرة (۱).

---

(۱) يسقط خيار الرّؤية بأمور:

الأوّل: ترك مبادرة ذى الخيار الى فسخ البيع على قرار ما تقـدم من تركها فى فسـخه بخيار الغبن. أقول: انتهاء الخيار بترك المبادرة مبنى على كون خيار الرؤية على الفور، و قد تقدم ضعف ذلك و انّه على التّراخى.

الثانى: إسقاطه قولا بعد الرؤية و وجدان العين على خلاف ما رآها سابقا فانّ جواز إسقاطه مقتضى كون الخيار حقّا على ما استفيد من الأخبار الواردة فى خيار الحيوان و غيره، و لا يحتمل كون بعض الخيار حقّا دون البعض الآخر.

الثالث: التصـرّف فى العين الّتى رآها على خلاف ما رآها سابقا أو على خلاف ما أحرز لها من الوصف، و لكن هذا التصـرّف فيما إذا كان مع بقاء الرّضا بالمعاملة و الإغماض عن فسـخها حتى فيما بعد يكون إسـقاطا فعليّا، و لا فرق فى نفوذ الإسقاط بين القول و الفعل؛ و امّـا إذا كان بغير هـذا الـداعى فلا دليل على سـقوط الخيار به بعـد ما ذكرنا من انّ الخيار حقّ يتعلّق بالمعاملـة و لا يمنع عن تصـرّف المتعـاملين فيمـا انتقـل إليهما. نعم قـد حكم الشارع فى بعض التصـرفات بأنّها إسـقاط فعلى للخيار كلمس الجاريـة و النظر منها الى ما يحرم على غير المالـك و الزوج و الكلام فى المقام فى مطلق التصـرّف لا فى تلك التصـرفات التى لا يبعـد القول بأنّها مسـقطة لخيار الحيوان، و لا ـ يعمّ سائر الخيارات لاحتمال الخصوصـيّة فى خيار الحيوان. و لـذا لا يوجب النظر إلى الأمـة المشتراة سـقوط خيار العيب على ما يأتى.

ثم انّه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق فى التصرف المسقط بين كونه قبل الرؤية أو بعدها بناء على ما ذكر من جواز إسقاط الخيار بعد البيع و قبل الرؤية حتى لو قيل بحصول الخيار بالرؤية بأن يكون الرّؤية مقوّما لموضوع الخيار لا كاشفا.

الرابع: إسقاطه قولا أو فعلا بعد المعاملة و قبل الرؤية. و قيل جواز إسقاطه قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۶

....

الرّؤية مبنى على كون الرؤية كاشـفة؛ و امّا إذا كانت سـببا فيكون إسقاطه قبلها من إسقاط ما لم يجب و ذكر المصنف (ره) انّه لو قيل

بأنّ السبب للخيار هو العقد و الرؤية شرط لتحققه كفى ذلك فى إسقاطه حيث يجوز فى إسقاط شيء تحقق سببه.

أقول: قد ذكر الرؤية فى صحيحة جميل بإضافة الخيار إليها، و الإضافة تكفى فيها مناسبة ما و لو باعتبار أنّ الرؤية غالبا موجب العلم بفقد الأوصاف التى أحرزها المشترى فى العين الغائبة أو اعتقد بوجودها فيها، بل الرؤية فى أمثال المقام كناية عن العلم المتمحض فى الطّريقية، كما فى قوله إذا رأيت زيدا محتاجا فأعطه المال.

و بتعبير آخر مناسبة الحكم و الموضوع انّ الخيار مترتب على فقد الوصف الذى أحرزه المشترى و اعتقده فى المبيع الغائب؛ و لذا لو رأى العين على ما أحرزها لم يكن له خيار مع انّه لم يذكر ذلك فى الصحيحة، هذا أوّلا، و ثانيا. لو سلّمنا حدوث الخيار بالرّؤية الّا انّ إسقاط الحق لا- يقاس بإسقاط الأمر الحقيقى و العينى؛ بل هو كالحقّ أمر اعتبارى إنشائى، و قد ذكرنا كرارا اعتبار الأمر الاستقبالى وجودا و سقوطا أمر ممكن غاية الأمر يحتاج نفوذه الى دليل الإمضاء، و دليل الإمضاء فى المقام جواز إسقاطه حال العقد بشرط سقوطه فيه فإنّه إذا كان الخيار من الحقوق و جاز إسقاطه قبل تمام العقد باشتراط سقوطه عنه كما يأتى جاز إسقاط ذلك الحق بعده ايضا حيث لا يحتمل جواز إسقاط الحق فى العقد لا بعده.

الخامس: اشتراط سقوطه فى العقد فانّ فى هذا الاشتراط أقوال ثلاثة: الأول:

فساد الشرط و فساد البيع به. الثانى: صحّة العقد و الشرط فلا يكون مع شرط سقوط خيار الرّؤية خيارها فى شراء العين الخارجيّة.

الثالث: فساد الشرط، و لكن يصحّ العقد و يثبت فى شرائها خيار الرّؤية كما هو مقتضى فساد الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۷

....

و ذكر (قده) فى وجه الأوّل انّ الشرط المزبور يوجب كون البيع غرريّا لانّ معنى شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بوجود الصفات التى وصفها بها، و انّه يبيع العين الغائبة بأىّ صفة. و بتعبير آخر اعتبار الأوصاف فى العين كان قائما مقام مشاهدة العين؛ و إذا ألغى اعتبار الأوصاف كان بيع تلك العين بلا توصيف و رؤية و هذا يدخل فى بيع الغرر.

و وجه القول الثانى: انّ خيار الرؤية نظير خيار الحيوان حكم شرعى يترتّب على تمام البيع، و معنى شرط سقوط الخيار الرّؤية الالتزام بعدم فسخ البيع لا انّ العين الغائبة تباع بأىّ صفة كانت بحيث يوجب الغرر فى البيع، و الّا لما صحّ اشتراط البراءة من العيوب و يكون البيع بها غرريّا، لانّ اختلاف ماليّة الشيء باختلاف صحّة الشيء و عيبه أفحش من تفاوتها باختلاف سائر الأوصاف.

لا يقال: الرافع للغرر عن البيع فى وصف الصحّة و العيب ليس هو التوصيف بل الاعتماد على أصالة الصحّة بخلاف رفعه فى بيع العين الغائبة فإنّه يكون بالتوصيف فمع الإغماض عن التوصيف يكون بيعها غرريّا بخلاف مسألة البراءة عن العيوب.

فإنّه يقال لا فرق فى ملاحظة الوصف لرفع الغرر عن البيع بين وصف الصحّة و سائر الأوصاف غاية الأمر ملاحظة وصف الصحّة غير محتاج الى ذكرها فى متن العقد بل يكتفى فى بيع الشيء صحيحا الاعتماد على أصالة سلامته، فيكون معنى البراءة عن العيوب بيع الشيء صحيحا كان أو فاسدا، خصوصا على ما حكاه فى الدروس عن الشيخ و أتباعه من جواز اشتراط البراءة عن العيب فيما لا قيمة لمكسوره مع العيب كالبيض و الجوز الفاسدين؛ و لذا ذكر الشهيد و أتباعه فساد البيع باشتراط البراءة فى مثل الجوز و البيض، و لكن مقتضى ذلك عدم جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۸

....

اشتراط البراءة حتى فى غيرهما ايضا.

و وجه القول الثالث: انّ شرط سقوط خيار الرؤية لا يوجب الغرر فى البيع فانّ غايته أن لا يكون له الفسخ على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف الّا انّ الخيار فى زمان اشتراط سقوطه غير محقق فيكون الاشتراط المزبور من إسقاط ما لم يجب فلا يصحّ و نتيجة ذلك صحّة البيع و ثبوت خيار الرّؤية على تقدير تخلف الرؤية عن التّوصيف.

ثمّ انه (ره) اختار القول الأوّل بدعوى انّ شرط سقوط الخيار موجب للغرر فى البيع لأنّ الأوصاف التى تذكر للعين الغائبة؛ امّا قيد للبيع، و امّا قيود للمبيع؛ و مع شرط سقوط الخيار يكون مقتضى العقد وقوع البيع على كل تقدير و على أىّ وصف للعين المزبورة و التنافى بين هذا و بين توصيف بايع العين ظاهر بخلاف البراءة عن العيوب فإنّ التنافى لا مجال له فيها فانّ رفع الغرر عن البيع فى مورد خيار العيب يكون باعتماد المشترى على أصالة الصحّة لا على تعهّد البائع و توصيفه فلا يكون فى اشتراط البراءة تناف لتحقق الاعتماد على أصالة الصحّة و لو مع برأيه البائع، و على ذلك فلو كان الاعتماد فى شراء العين الغائبة على أمر آخر غير توصيف البائع كما إذا رأى المشترى العين سابقا و اشتراها بالاعتماد على استصحاب بقائها على حالها أو على توصيف غير البائع يكون اشتراط سقوط خيار الرؤية نظير مسألة البراءة عن العيوب غير مناف لارتفاع الغرر عن البيع.

و لو فرض انّه لا- فرق بين الاعتماد على أصالة الصحّة و توصيف البائع فى انّ اشتراط سقوط الخيار فى مسألة البراءة عن العيوب و مسألة بيع العين الغائبة يوجب الغرر فى البيع فنلتزم بجواز البراءة عن العيوب للنص الوارد فيها و يكون هذا النصّ مخصصا للنهى عن بيع الغرر، فانّ هذا النهى عنه لا يزيد على سائر العمومات الّتى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۹

....

يرفع اليد عن عمومها بورود المخصّص.

أقول: عمدة ما ذكره (قده) فى المقام يرجع الى أمور ثلاثة: أحدها: انّ الوصف الّذى يتعهده البائع للمشترى قيد للبيع أو قيد للمبيع بحيث لا يكون البيع أو المبيع مع عدم ذلك التعهد مطلقا.

و ثانيها: انّ كل وصف اعتبر فى المبيع بتعهد البائع و توصيفه لا يمكن فيه شرط سقوط خيار الرّؤية لتنافى التوصيف و التعهد مع شرط سقوط الخيار فيكون البيع مع شرط سقوط الخيار غرريّا بخلاف ما إذا كان رفع الغرر بغير توصيف البائع و تعهّده، كما فى خيار العيب فانّ شرط سقوط الخيار فيه لا يوجب التنافى و الدخول فى الغرر.

و ثالثها: انّه لا يقاس مسألة برأيه البائع عن عيوب المبيع بمسألة شرط سقوط خيار الرؤية مع توصيف البائع لينافى شرط سقوط الخيار التوصيف، و على تقدير الإغماض عن ذلك فيمكن الالتزام بأنّ النهى عن بيع الغرر قد ورد التخصيص عليه فى مورد برأيه البائع من العيب لورود النصّ على جوازه و سقوط الخيار معها و النهى المزبور لا يزيد على سائر العمومات و المطلقات.

و لكن لا يخفى انّ ذكر البائع الوصف للمبيع و ان يوجب تقييده و لكنه مختص بالكليّات لأنّها قابلة للتّقييد؛ و لذا لو باع كليّا موصوفا و دفع الى المشترى ما يكون فاقدا له يكون للمشترى الاستبدال فقط لا خيار الفسخ لأنّ ما دفعه الى المشترى ليس فردا للمبيع ليكون المدفوع وفاء للبيع، و لكن العين الشخصيّة لا يقبل التقييد؛ و لذا يكون الوصف فيه توضيحا.

و امّا نفس البيع فانّ الوصف فى شىء من القسمين لا يكون قيدا للبيع و الّا كان محكوما بالبطلان للتعليق و لا أقلّ ينتفى البيع مع عدم ذلك الوصف لا ان يثبت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۰

....

الخیار فانّ الخیار حقّ فی فرض ثبوت البیع. و الحاصل انّ الوصف فی بیع العین الخارجیّة سواء کان بذکر البائع أو بغیره ان أخذ بنحو الشرط فلا یکون قیدا للمبیع کما انّه لا یکون قیدا لنفس البیع.

نعم قد یقع التعهد به فی المعاملة و لا معنی للتعهد به فی بیع العین الشخصیة کما هو الفرض الّا ثبوت الخیار للمشروط له علی تقدیر عدمه، و ظاهر توصیف البائع العین بوصف ثبوت هذا التعهد علیه و المراد بالظهور إطلاق توصیفه و عدم تعقیبه بقوله و لکن لا خیار لک مع عدم الوصف فیکون توصیف البائع مع هذا التعقیب کتوصیف ولیّ البنت فی نکاحها بأنّها کذا، فلا منافاة بین التوصیف و عدم الخیار و شرط سقوط الخیار لأنه یکفی فی شرط سقوطه احتمال عدم الوصف و لو احتمالا ضعیفا بحیث لا ینافی التّوصیف المتضمّن للأخبار بالوصف أو یکون شرط سقوط الخیار بداعی ان الوصف و ان یکون موجودا باعتقاده جزما إلّا انّه یحتمل أن المشتری ان یدعی فقده فیکون التحفظ علی مؤنة الاختلاف و المحاکمة داعیا له الی شرط سقوط الخیار.

و ممّا ذکرنا یظهر الحال انّ الموجب لثبوت الخیار هو التعهد المعاملی بالوصف و یحصل هذا التعهد و لو کان رفع الغرر فی المعاملة باعتماد المشتری علی أصالة السلامة أو توصیف الغیر أو غیر ذلک، و فیما إذا وقعت المعاملة مبتیّة علی التّعهد به و لم یعقب بسقوط الخیار علی تقدیر التخلف یثبت الخیار و لا خیار مع تعقیبها به سواء کان الخیار المشترط سقوطه خیار الشرط أو الرّؤیة أو غیر ذلک.

نعم قد ذکرنا فیما سبق عدم دوران خیار الرؤیة للتعهد بل هو خیار آخر غیر خیار الشرط؛ و لذا یثبت مع عدم توصیف البائع أیضا کما إذا اشتری العین الغائبة برؤیة سابقة أو توصیف الأجنبی فلا مورد فی مثله لتوهم الغرر مع شرط سقوط الخیار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۱

[لا یسقط هذا الخیار ببذل التفاوت]

لا یسقط هذا الخیار ببذل التفاوت (۱).

و علی الجملة شرط سقوط خیار الشرط ینافی التّعهد بالوصف لا انّه ینافی التوصیف و رفع الغرر یکون بالتوصیف لا بتعهد البائع بالوصف فلا منافاة بین شرط سقوط خیار الشرط أو غیره و بین توصیف البائع المبیع بوصف أو أوصاف.

(۱) لا- یسقط هذا الخیار ببذل البائع التفاوت بین العین الفاقدة للوصف و الواجدة له بان لیس له إجبار المشتری علی أخذ ذلک التفاوت و إبقاء البیع کما انّه لیس للمشتری إلزام البائع بالبذل المزبور، و کذا الحال فی إبدال المبیع الفاقد للوصف بالعین الواجدة له؛ و امّا التّراضی بالبذل أو الإبدال فهذا أمر آخر و یکون من الإسقاط الخیار بالفعل و قد مرّ أنّه کإسقاطه القولی.

و لو اشترطا فی العقد الإبدال علی تقدیر تخلّف الوصف ففی صحة العقد و الشرط أو فسادهما أو صحة العقد دون الشرط أقوال: فإنّه قد ذکر فی الدروس انّ الأقرب الفساد و قد حمله المصنف (ره) علی فساد العقد و الشرط معا، و ذکر فی وجهه انّه لو رجع شرط الأبدال علی تقدیر تخلف الوصف الی انفساخ ذلک العقد و انعقاد عقد آخر بین الثّمن المزبور و العین الأخری الواجدة للوصف نحو شرط النّتیجة، فمن الظاهر انّ الشرط لا یحقق الانفساخ و لا انعقاد عقد آخر و لو رجع انّه علی تقدیر تخلف الوصف ینعقد عقد آخر بین العین التی جری علیه البیع و بین البدل فیکون الشرط أی المشروط انعقاد معاملة أخری تعلیقیّة غرریة لأنّ المفروض انّه لا یعلم فعلا انّ العین التی یجری علیها البیع فاقدة للوصف أو واجدة له، و هذا الشرط یوجب الغرر فی أصل البیع فیبطل البیع و الشرط.

ثمّ تعرّض لما ذکره صاحب الحدائق (ره) فی الردّ علی الدروس و قال انّه یظهر مما ذکرنا ضعف الردّ. قال فی الحدائق فی مقام الردّ علی الدروس ما حاصله انّه لو أراد الشهید انّ البیع المشروط فیه الإبدال باطل علی الإطلاق أی فیما ظهرت

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۲

....

العین علی الوصف و ما ظهرت علی خلافه ففیه انّه لا ـ موجب لبطلانه مع ظهور العین علی الوصف بل مقتضی الأخبار المتقدمة أی الأخبار الواردة فی خیار الرّؤیة صحّة ذلک البیع. نعم لو ظهرت العین علی خلاف الوصف یکون البیع فاسدا لتخلّف الوصف و لا یصحّحه شرط الإبدال لإطلاق الأخبار المشار إلیها من انّ للمشتری الخیار مع خلاف الوصف، و لعلّ مراد الشهید فی الدروس من الفساد فساد الشرط دون البیع و وجه فساد الشرط عدم ترتّب أثر علی الشرط المزبور ظهرت العین علی الوصف أو علی خلافه.

أقول: الظاهر انّ صاحب الحدائق (ره) قد فهم ممّا ورد فی خیار الرؤیة بطلان البیع علی تقدیر تخلف الوصف بأن یکون معنی الخیار فیه اختیار البیع و عدمه؛ و لذا ذکر انّه مع ظهور العین علی الوصف لا موجب لبطلان البیع و انّه مع المخالفة یبطل و لا یصحّحه الشرط المزبور، و فیه أوّلا انّ صحیحة جمیل المتقدمة ثبوت الخیار بمعناه المعروف؛ و ثانیا انّه لا تعرّض لها لصورة ظهور العین علی الوصف فکیف تمسک بإطلاقها.

و امّا أصل المسألة أی شرط الإبدال فی البیع فان کان بنحو شرط الفعل فلا ینبغی الإشکال فی صحّة البیع و الشرط، بل یکون شرط الإبدال من شرط سقوط خیار الرؤیة فلا یکون للمشتری علی تقدیر تخلف الوصف إلّا المطالبة بالإبدال. نعم لو امتنع البائع عن الأبدال و لم یمکن إجباره فللمشتری خیار الفسخ لتعذّر الشرط.

و امّا إذا کان بنحو شرط النّتیجة فإن کان المشروط انفساخ البیع و انعقاد معاوضة أخری بین الثمن و العین الواجدة للوصف فالشرط المزبور باطل، لانّ شرط الانفساخ فی العقد فسخ فعلی للمعاملة قبل حصولها، و لا دلیل علی نفوذه کما انّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۳

[الظاهر ثبوت خیار الرؤیة فی کل عقد]

الظاهر ثبوت خیار الرؤیة فی کل عقد (۱).

شرط الأبدال مع الانفساخ شرط ابتدائی لانّ بالانفساخ ینفسخ المعاملة بشرطها و لا یقاس بشرط سقوط الخیار فی العقد فانّ ما دلّ علی شرط سقوط خیار العیب بالبراءة من العیوب فی العقد دلیل علی مشروعیّة إسقاط الخیار فی العقد فیعمّه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم)؛ بخلاف شرط الانفساخ.

و امّا شرط الأبدال بین العین الفاقدة للوصف و الواجدة له بلا انفساخ البیع الأول بنحو شرط النّتیجة فهو ایضا باطل فإنّه من تملیک الشیء بعوض أی المبدل قبل تملکه. و بتعبیر آخر یدخل التملیک المزبور فی بیع الشیء قبل تملکه فیعمّه قوله صلوات اللّه علیه (لا بیع إلّا فی ملک) بل فی قوله علیه السلام نهی عن بیعین فی بیع.

و امّا ما ذکر (قده) فی وجه البطلان من انّ شرط الإبدال معاملة غرریّة تقدیریّة فلا یمکن المساعدة علیه لأنّ المبدل فی التملیک بالشرط العین الفاقدة للوصف؛ و امّا التعلیق فی التملیک فلا دلیل علی بطلانه بل الثابت بالإجماع هو التعلیق فی العقود لا فی شروط العقود ایضا کما لا یخفی.

(۱) لا ـ یخفی انّ خیار الرّؤیة علی تقدیر رجوعه الی خیار تخلّف الوصف المشروط فلا اختصاص لذلک الخیار بالعین المبیعة بل یجری فی کل معاملة تقبل اشتراط الخیار فیه. و امّا بناء علی ما ذکرنا من انّ خیار الرؤیة خیار تأسیسی یترتّب علی عدم رؤیة العین الخارجیة زمان بیعها سواء کان شرائها بالرؤیة السابقة أو بتوصیف ثالث؛ و استفدنا ذلک من صحیحة جمیل المتقدمة فلا یمکن

التعدّی منها الی غیر البیع من سائر المعاملات؛ و علی ذلک فلو کانت المعاملة الأخری المتعلقة بالعین الخارجیة الغائبة بتوصیف مالکها فیثبت خیار الشرط، و الّا فلا خیار. و ممّا ذکر یظهر الحال فی الاستدلال الّذی ذکره المصنف (ره) علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۴

[لو اختلف البائع و المشتری فی الصفة]

ففی التذکرة قدّم قول المشتری (۱).

التّعدّی إلی سائر المعاملات.

(۱) لو اختلفا فقال البائع لم یختلف الوصف و قال المشتری قد اختلف ذکر فی التذکرة یقدم قول المشتری لأصالة براءة ذمة المشتری من الثمن؛ و معنی تقدیم قوله انه یثبت له خیار الفسخ بحلفه علی عدم تعلق البیع علی هذا الموجود بدون ذلک الوصف، و لکن ذکر فی المختلف تقدیم قوله البائع لأصالة عدم الخیار و لا مجال لأصالة براءة ذمة المشتری من الثمن بعد إقراره بوقوع البیع علی هذا الموجود و دخول الثمن فی ملک البائع سواء تخلّف الوصف أم لا.

و ما قیل من انّ المراد من أصالة برأیه ذمّة المشتری عدم وجوب تسلیمه الی البائع حتّی ما لو أقبض المبیع بناء علی ما ذکروه فی أحکام الخیار من عدم وجوب القبض و الإقباض زمان الخیار و لا یجب تسلیم أحدهما و لو مع تسلّم المال من الآخر ففیه انّه لا یجوز الإمساک بمال الغیر بلا رضاه و الخیار حق متعلّق بالعقد فانّ فسخ ذو الخیار یکون له استرداد ما انتقل عنه الی صاحبه و الّا فلا یجوز الاسترداد أو الإمساک به مع تسلم المال الآخر عن صاحبه. و الأظهر انّه لو رجع خیار الرّؤیة إلی خیار تخلّف الوصف المشروط کما هو ظاهر المصنف (ره) فقد تقدم انّ الخیار اثر تعهّد البائع بالوصف المفقود و الأصل عدم تعهّده به و ما ذکر المصنف (ره) من انّ لزوم العقد أثر إطلاق متعلق البیع فقد تقدم انّ العین الخارجیة غیر قابلة للتّقیید و اللزوم من أحکام البیع فی صورة عدم تعهد البائع بالوصف المفقود و جریان البیع علی العین محرز بالوجدان و عدم تعهد البائع بالوصف محرز بالأصل.

و امّا إذا کان خیار الرّؤیة خیارا برأسه و انّه یثبت فی شراء العین الخارجیّة التی لم یرها مشتریها عند شرائها فلم یحرز ان قید الموضوع عدم وجدان العین علی ما أحرزها من الوصف أو وجدانها علی خلاف ما اعتقدها فیه من الوصف فلا یمکن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۵

[لو نسج بعض الثوب فاشتراه علی ان ینسج الباقی]

لو نسج بعض الثوب فاشتراه علی ان ینسج الباقی (۱).

إجراء الأصل فی ناحیة موضوع الخیار فیجری فی ناحیة عدم ثبوت حق الخیار للمشتری المزبور فیکون القول قول البائع کما لا یخفی.

(۱) لو نسج بعض الثوب و کان بعضه الآخر غیر منسوج و باع المنسوج و غیره علی ان ینسج الباقی علی طبق المنسوج فقد قیل کما عن الشیخ (ره) فی المبسوط و القاضی و ابن سعید بطلان البیع المزبور من أصله لأنّ المبیع بعضه موجود و بعضه غیر معلوم و ذکر السید الیزدی (قده) ان مرادهما بیع العین الخارجیّة التی بعضها موجود و بعضها غیر موجود. و من الظّاهر انّه لا یصحّ بیع العین الخارجیّة قبل تحقّقها کبیع حنطة المزرعة و نحوها قبل وجودها.

أقول: بیع العین الخارجیة قبل وجودها لا بنحو الکلی علی العهدة، و ان کان غیر صحیح فانّ العین قبل وجودها لا یعتبر ملکا و لا یصحّ بیعه مضافا الی ورود النصّ بـذلک فی بعض أفراد المسألـة، کبیع حنطـة المزرعة و الثمرة قبل وجودهما الّا انّ ذلک لعدم الوجود حال البیع لاـ للجهالـة؛ بل لو علم حصول العین فی المسـتقبل ایضا لا یجوز بیعها، و لکن یظهر من النصوص المزبورة انّ تحقق بعض المبیع کاف فی جواز بیع کلّه فراجع.

ثم انّ علی تقـدیر بطلاـن البیع لعـدم وجود بعض المبیع فعلاـ و کونه اسـتقبالیّا لا یوجب بطلان البیع مطلقا؛ بل یختصّ ذلک بالإضافة إلی موارد عدم انحلال البیع بالإضافة إلی الموجود و غیر الموجود و الثوب فی غالبه من موارد الانحلال؛ کما لا یخفی.

و ذکر المصـنف (ره) انّ للبیع المزبور صور ثلاـث و فی کلّهـا یکون البیع محکوما بالصـحّة، و لکن الصّورة المتقدمـة مغفول عنها فی کلامه، و الصور الثلاث ما إذا باع بعض المنسوج منضمّا الی الغزل الخارجی غیر المنسوج علی ان ینسجه طبق المنسوج

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۶

[السابع خیار العیب]

اشارة

إطلاق العقد یقتضی وقوعه مبتیّا علی سلامة العین (۱).

و مـا إذا بـاع المنسوج مع غزل کلّی موصوف علی ان ینسـجه و ضمّ الکلّی إلی العین الخارجیّـة و بیعهمـا بصـفقة لاـ بـأس به، و بعض الکلمات المنقولة عن المختلف یشـیر الی جعل نسج الغزل شـرطا فی البیع حیث ذکر انّ اشتراط النسج کاشتراط الخیاطة و الصبغ و ما إذا باع المنسوج مع أذرع معلومـة من الثوب ینسـجه مع النسوج فعلا، و یکون ایضا من ضمّ الکلّی إلی العین الخارجیّـة فی البیع، و قال انّ البیع فی جمع الصور الثلاـث محکوم بالصـحة غایـة الأـمر انّه لو لم ینسـج الباقی فی الصورتین الأوّلیتین یصـحّ البیع فی تمام البیع و یثبت للمشتری خیـار تخلف الشـرط بخلاف الصورة الأخیرة فإنّه یصـحّ البیع بالإضافـة إلی المنسوج مع ثبوت خیار تبعّض الصـفقة فیه للمشتری.

(۱) المراد من ابتناء العقد علی سلامة العین اشتراط سلامتها فی العقد الجاری علی تلک العین نظیر ابتنائه علی وصف کمال یذکر فی متن العقـد و لیس المراد تعلیق العقـد علی حصول ذلـک الوصف و الّا بطل البیع مطلقا لاشتراط التنجز فی العقود، و لا أقلّ من بطلانه علی تقـدیر عـدم الوصف لاـ کون العقـد خیاریا کما لا یخفی- و ما قیل من انّ اعتبار وصف الصـحّة لانصـراف متعلّق البیع الی فرض سلامته لا یخفی ما فیه لانّ الانصـراف یتحقق فی الکلمات، و لا یعمّ العین الخارجیّة و مع الإغماض عن ذلک فلازم ذلک عدم وجود للمبیع علی تقدیر فقد وصف الصحّة.

و الالتزام بتعـدد المطلوب کما عن السـید الیزدی (قـده) کما تری فإنّه لو کان المراد من تعـدّد المطلوب تعدد الالتزام و الملتزم به بان یکون أحـد الاـلتزامین متعلّقا بملکیّـة المشتری العین بإزاء الثمن، و الآخر بتحقق وصف الصـحّة بمعنی اسـتحقاق المشتری المطالبـة به بحیث لو لم یکن فی العین ذلک الوصف یکون له رفع الید عن الالتزام

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۷

....

الأوّل بفسخ المعاملة، فهذه عبارة أخرى عن الشرط الضمنى و لو أريد من تعدد المطلوب معنى آخر فلا نتصوّره فى البيع و نحوه فإنّه لا يمكن الالتزام بتعلق البيع بنفس العين مطلقا و بيع آخر بالعين مقيّدة بالوصف.

و الحاصل: فى المقام أمران أحدهما الحكم بصحة بيع العين مع عدم الجزم بسلامتها مع انّ إحراز سلامتها ممّا يوجب انتفاء معظم الغرر عن بيعها و صحّته باعتبار هذا الإحراز بالاعتماد على أصالة الصّحّة.

و ثانيهما: ثبوت خيار العيب مع عدم تبرّء البائع عن عيب المبيع، و هذا باعتبار اشتراط سلامة المبيع لا للاعتماد إلى أصالة الصّحة، و يشهد لذلك سقوط خيار العيب مع تبرأ البائع من عيب المبيع مع اعتماد المشترى على أصالة الصّحة، كما اعترف المصنف (ره) بذلك فيما سبق و على ذلك فلا بدّ من تعليل عدم ذكر وصف الصّحة فى متن العقد بكون اشتراطها ارتكازيّا لا بالاعتماد على أصالة الصّحة، كما فى عبارة المصنّف (ره). نعم يكون تعليل انتفاء الغرر بالاعتماد عليها كما ذكرنا.

و قد ظهر مما ذكرنا انّه لو أغمض النّظر عن الروايات الواردة فى عيب المبيع لكان الثابت للمشترى خيار الشرط، و لذا جرى عليه سيرة العقلاء و لو من غير أهل الملّة و يعملون مع فقد وصف الصّحة معاملة فقد وصف الكمال المشروط و لا يكون فى البين استحقاق المشترى مطالبة البائع بالأرش، و لكن قد ورد النصّ فى مورد العيب بأنّ للمشترى المطالبة بأرش العيب و سقوط جواز الردّ بالحدث فى المبيع و هذا حكم شرعى فى مورد اشتراط وصف الصّحة و مقتضى النصّ عدم الفرق فى ذلك بين الاكتفاء فى شراء المعيب الواقعى بالشرط الارتكازى أو بذكر وصف الصحة فى متن العقد صريحا.

و ما قيل من اختصاصه بما إذا لم يشترط وصف الصّحّة فى متن العقد و الّا يجرى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۸

[ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الردّ و أخذ الأرش]

ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الردّ و أخذ الأرش (۱).

عليه حكم خيار الشرط لا يمكن المساعدة عليه و يؤيّد ما ذكرنا مضمرة يونس بن عبد الرحمن فى رجل اشترى جارية على انّها عذراء فلم يجدها عذراء، قال يردّ عليه فضل القيمة إذا علم انّه صادق حيث انّ الاقتصار بأخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الفسخ مقتضاه ثبوت خيار العيب، و لو كان فى البين خيار الشرط لم يسقط جواز الفسخ بالتصرّف فى الجارية بالوطى، أو ما دونه غاية الأمر كان على المشترى بعد الفسخ مهر المثل، و لكن العمدة ما ذكرنا فإنّ الرّواية مع الإغماض عن إضمارها ضعيفة بإسماعيل بن مرار مع احتمال اختصاص الحكم بشرط البكارة و معارضتها بمثلها فراجع.

(۱) المشهور على تخيير المشترى مع ظهور عيب المبيع بين فسخ المبيع و إمضائه و المطالبة بأرش العيب هذا مع بقاء المبيع بحاله و عدم التصرّف فيه و الّا تعيّن الإمضاء مع استحقاقه المطالبة بالأرش، و لكن الروايات الواردة فى المقام لم يذكر فيها التّخيير، بل ذكر فيها جواز الرّدّ و الفسخ كصحيحة ميسّر عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قلت له رجل اشترى ذق زيت فوجد فيه درديا قال فقال ان كان يعلم ان ذلك يكون فى الزيت لم يردّه و ان لم يكن يعلم ان ذلك يكون فى الزيت ردّه على صاحبه، و ما ورد فى الأرش يختصّ بصورة التصرف فى المبيع و احداث الحدث فيه.

نعم ورد فى الفقه الرضوى فإن خرج السلعة معيبا و علم المشترى فالخيار اليه ان شاء ردّه و ان شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب، و ظاهره كما فى الحدائق تخير المشترى بين فسخ البيع و إمضاء البيع بدون أخذ الأرش أو مع أخذه و احتمل بعضهم زيادة الهمزة فى لفظة أو و يكون مفاد واو العطف و مقتضاه تخيير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۹

....

المشترى بين فسخ البيع و أخذ الأرش كما عليه المشهور.

و لكن الأظهر انّ جواز المطالبة بالأرش يختص بمورد الحدث فى المعيب و قبله لا يكون للمشترى إلّا الفسخ و بعده يكون المطالبة بالأرش فقط كما عليه جماعة من الأصحاب ففى معتبرة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال أيّما رجل اشترى شيئا به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبيّن له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا، ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انّه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «۱»، و مرسلة جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام فى الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا فقال ان كان الشّىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن؛ و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب و على ذلك فلو لم تكن فى هذه دلالة على عدم الاستحقاق لأخذ الأرش مع عدم الحدث فى المبيع فلا أقلّ انّه لا دلالة فى البين على جواز المطالبة به قبل التصرّف و احداث الحدث.

و قد تقدّم انّ ثبوت الأرش لا يدخل فى مقتضى اشتراط وصف الصّحّة و يحتاج ثبوته الى الدليل و الفقه الرضوى لم يثبت كونها رواية ليدّعى انجبار ضعفها بعمل المشهور مع احتمال انّ المشهور التزموا بالتخيير بين الفسخ و المطالبة بالأرش لبعض ما أشار المصنف (ره) اليه و عمدته ما قيل من انّ وصف الصّحة كالجزء للمبيع، و مع فقدها يبطل البيع بالإضافة الى ما وقع من الثمن بإزاء ذلك الوصف فيكون للمشترى استرداد ذلك أو فسخ البيع تماما لتبعض الصّفقة عليه.

و لكن الوجه ضعيف جدا و ذلك فانّ وصف الصّحة كوصف الكمال، و ان

---

(۱). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۰

ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش (۱).

يوجب زيادة ثمن العين الّا انّ الثمن فى البيع يقع بإزاء نفس العين؛ و لذا يكون تمام الثمن للبائع على تقدير عدم فسخ البيع و عدم المطالبة بالأرش؛ بل على تقدير المطالبة أيضا لأنّ الأرش الذى يستحقّه المشترى بمطالبته من قبيل التغريم فى باب اللقطة، و ليس جزءا من الثمن و لا من قبيل الدين على العهدة بأن يثبت المال على عهدة البائع من دون المطالبة.

و يترتب على ذلك انّه لا يتعيّن على البائع ردّ الأرش من نفس الثمن و لو مع مطالبة المشترى.

و امّا ما ذكره المصنف (ره) من انّ الجزء الفائت يقسط عليه فيما إذا لم يؤخذ فى البيع شرطا و مع ثبوته شرطا فلا يثبت فى البيع الّا خيار الفسخ، كما إذا باع الأرض على انّها جريان معينة فظهرت أقلّ منها فلا يمكن المساعدة عليه فإنّه إذا كان الجزء مما ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا كانت الأرض مما يباع كل جرب منها بكذا و باعها بثمن على انّها جريان معيّنة فظهرت أقلّ منها ينحلّ البيع بالإضافة إلى الناقص سواء أخذ جزءا أو شرطا بان جعل من قبيل شرط وصف المبيع؛ و اما إذا لم ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا باع دار سكناه بكذا على انّه كذا جريب فبان أقلّ منها فلا يثبت الّا خيار الفسخ فليس المعيار فى تبعّض البيع الاشتراط و عدمه بل كون المبيع مما ينحلّ البيع بالإضافة إلى أجزائه و عدمه.

(۱) قد تقدّم عدم رواية فى البين تكون ظاهرة فى استحقاق المطالبة بالأرش مع عدم الحدث فى المبيع و لعلّ مراده بالإطلاق عدم تعليق الأرش على اليأس من الرّد؛ بل على الحدث فى المبيع، و لكن فى التفرقة تأمل و لعله أشار إليه بالأمر بالفهم؛ و امّا ما فى

صحيحة عمر بن يزيد من قوله عليه السلام يلزمه ذلك فلا ظهور لها لرجوع الإشارة إلى الأرش مع ان القسمة المفروضة حدث فى المبيع كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۱

[و يؤيّد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة]

و يؤيّد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة (۱).

لا يخفى.

(۱) لا- يخفى انّ خيار الفسخ فى الروايات و كذا استحقاق الأرش مترتب على العلم بالعيب و وجدانه، و بما انّ العلم أو نحوه كما أشرنا مرارا ظاهر ذكره فى الخطاب طريقا لا انّه مقوّم لموضوع الحكم فيثبت الخيار بمجرّد العيب؛ و امّا استحقاق الأرش فقد تقدّم ثبوته بعد فرض العيب بحدوث الحدث فى المبيع.

و امّا ما ذكر المصنّف (ره) من انّه لا معنى لاستحقاق الأرش بظهور العيب بل يتعيّن ثبوته بمجرد العيب فلا يمكن المساعدة عليه لأنّه لو قيل بأنّ الأرش جزء من الثمن و مقابل لوصف الصّحة أو كونه من قبيل ضمان الوصف ببدله فى ضمان اليد فيكون الأمر كما ذكره، و لكن قد ذكره (قده) قبل ذلك انّ الأرش ليس جزءا من الثمن، و ذكرنا انّ ثبوته من قبيل التغريم فى باب اللقطة لا من قبيل ثبوت الدّين بان يثبت المال على عهدة البائع بدون مطالبة المشترى فإنّه لا يستفاد من الأخبار الواردة فى الأرش غير التغريم. و اللّه سبحانه هو العالم.

ثمّ انّه قد ذكرنا انّ خيار العيب ثبت فى مورد اشتراط الصّحة، و هذا الاشتراط ارتكازى مع إطلاق العقد، و انّه لو لم يكن فى البين الأخبار الخاصة كان الثابت فى هذا الاشتراط ما يثبت فى مورد اشتراط وصف الكمال، و لكن تلك الأخبار قد دلّت على أمرين سقوط خيار الفسخ بالحدث فى المبيع و جواز المطالبة بالأرش مطلقا أو بعد الحدث و لاختصاصها بالبيع لا يمكن الالتزام بجريان الأمرين فى سائر العقود فيكون الثابت فى مواردها مجرد جواز الفسخ فإنّه مقتضى ثبوت الشرط الارتكازى الجارى فى غير البيع ايضا.

و قد تحصل من جميع ما تقدم انّ خيار العيب متضمن لحقين طوليين أحدهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۲

[القول فى مسقطات هذا الخيار]

[سقوط الرد خاصة بأمور]

[الأول و الثانى التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرّدّ و التصرف فى المعيب]

التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرّدّ (۱).

جواز فسخ العقد قبل حدوث الحدث فى المبيع و مع حدوثه جواز مطالبة الأرش؛ هذا بناء على ما اخترنا. و امّا بناء على المشهور من ثبوت جواز الفسخ و جواز المطالبة بالأرش فى عرض واحد فيمكن الالتزام بأنّ الثابت حقا قبل الحدث هو الجامع بين الأمرين بنحو

الكلّى فى المعين، كما ذكرنا فى بيع أحد المتماثلين كإحدى الصبرتين المعلومين وزنهما، و كما انّه ليس من بيع الفرد المردد كذلك لا يكون المقام من الحقّ المردد، كما يمكن الالتزام بثبوت كلا الحقّين لكنّهما متضادان فى الاستيفاء فانّ مع الفسخ لا مورد للأرش و بالأرش فرض الفسخ خلف.

(۱) يسقط جواز فسخ البيع دون الأرش بأمور:

الأول: الالتزام ببقاء العقد و الإغماض عن فسخه سواء كان الالتزام قبل العلم بالعيب أو بعده، و كذا الالتزام بالعقد مع العلم بالعيب باختياره الأرش و لو أسقط خياره قبل العلم بالعيب أو بعده فالأظهر سقوط الأرش أيضا فإن إسقاط خيار العيب بعد العقد كإسقاطه حال العقد و حقّ المطالبة بالأرش داخل فى خيار العيب و باعتباره جعل نوعا من الخيار.

الثّانى: التصرّف فى المبيع المعيوب سواء كان التصرّف قبل العلم بالعيب أو بعده فإنّه يسقط به جواز الردّ دون الأرش و استدلّ على ذلك بأنّ التصرف المزبور يدلّ على رضاه ببقاء البيع و الإغماض عن فسخه و الّا لما كان يتصرّف فيه قبل اختباره و إحراز صحّته، و فيه انّ التصرف فيه باعتبار كونه ملكا بالفعل سواء كان معيبا أو صحيحا و التصرّف فيه بعد العقد لا يقصر عن الإقدام بشرائه قبل اختباره، و كما كان شراؤه للاعتماد على أصالة السلامة، و كذا التّصرّف فيه.

و الحاصل انّه لو كان التصرّف فى المبيع قبل العلم بالعيب أو بعده للإغماض عن فسخ البيع حتى مع العيب فلا ينبغى الريب فى سقوط جواز الفسخ لانّ جوازه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۳

....

حقّى و لا يختصّ إنشاء السّقوط بالقول بل يكون به و بالفعل. و امّا مطلق التصرّف فى المبيع من غير قصد الإغماض عن الفسخ، فلا دليل على كونه مسقطا تعبدا.

نعم إذا كان التصرّف حدثا فى المبيع و مغيّرا له بحيث لم يصدق انّه ليس على ما شرى فيسقط جواز الفسخ لدلالة الصّحيحة، و المرسلة المتقدمتين، بل ربّما يستدلّ على عدم سقوط جواز الفسخ بمطلق التصرّف بما ورد فى جواز ردّ الجارية بعدم الحيض إلى ستة أشهر من حين شرائها مع كونها فى سنّ من تحيض و بما ورد من جواز ردّها بعيوب السنة؛ و من الظاهر انّ الجارية فى ستة أشهر أو الى سنة لا تخلو عن التصرّف فيها، و لو بمثل استخدامها فى بعض الأمور كغلق الباب و غسل الثياب و نحو ذلك؛ و لكن لا يخفى انّه لو تمّ الدليل على سقوط جواز الردّ بمطلق التصرّف فيلتزم فى الجارية بعدم سقوط ردّها بمطلق التصرّف و لا يوجب رفع اليد عن مسقطيّة مطلق التّصرّف فى غيرها من المبيع.

و قد يستدلّ على كون التصرّف فى المعيب مسقطا لجواز الفسخ و لو قبل العلم بالعيب بما ورد فى خيار الحيوان من انّ المشترى لو أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط قبل له، و ما الحدث قال ان لامس أو قبّل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء. فإنّه إذا كان النظر إلى الجارية بما ذكروا لمسها حدثا مسقطا للخيار كان التصرّف المفروض فى المقام ايضا حدثا مسقطا لخيار العيب أى جواز فسخ البيع.

أقول: قد تقدّم مرارا انّ الرضا بالبيع عبارة عن الإغماض عن فسخ و الالتزام ببقائه، و ان كان من قصد المتصرّف ذلك سواء كان ذلك مع العلم بالعيب أو قبله، فهذا مسقط فعلى فى مقابل المسقط القولى؛ و مع عدم القصد المزبور فلا إسقاط للخيار. نعم ربّما يجعل الشارع للخيار أمدا كأحداث الحدث فى بيع الحيوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۴

[الثّالث: تلف العين أو صيرورته كالتّالف]

الثّالث: تلف العین أو صیرورته کالتّالف (۱).

و الافتراق فی خیار المجلس فیعبّر عنه بأنّ الافتراق أو الحدث فی الحیوان رضا بالبیع فیعمّ ما إذا کان الحدث جهلا بالخیار أو الغفلة عنه، کما انّه ربّما یجعل للحدث مصداقا فیکون ذلک تعبدا و النظر إلی الجاریة و لمسها من هذا القبیل، و علی ذلک فلا یمکن التعدّی الی غیر ما ورد التعبد بکونه مصداقا فی خیار الحیوان فضلا عن سائر الخیارات و یؤیّده ما ورد فی خیار العیب من ردّ الجاریة علی بائعها مع عدم وطئها فإنّه لم یشر فیه الی عدم وقوع مثل التقبیل و النظر و اللمس مع انّ الجاریة لا تخلو عنها و علی کلّ تقدیر فلا یمکن استفادة الحدث فی الجاریة فی خیار العیب مما ورد فی خیار الحیوان فضلا عن استفادة کون کلّ تصرّف فی المبیع حدثا.

و مما ذکرنا یظهر انّه لا وجه لما ذکره المصنف (ره) من التفصیل و هو انّه إذا کان التّصرف فی المبیع المعیوب قبل العلم بالعیب فان کان ذلک موجبا لتغیّر العین، و من قبیل الحدث فیها فلا یکون معه جواز الردّ عملا بالصحیحة، و المرسلة و یبقی معه جواز المطالبة بالأرش، و ان کان بعد العلم و لم یکن مغیّرا و من الحدث فی المبیع فان کان دالا علی الرّضا نوعا فذلک ایضا مسقط، و مع عدم دلالته علی الرّضا فلا موجب لسقوط الخیار و وجه الظهور انّ مع ظهور الفعل فی الإغماض عن فسخ البیع یثبت حکم ظاهری لاعتبار ظهور الأفعال کالأقوال. و امّا سقوط الخیار واقعا فهو فرع قصد الإغماض عن الخیار کما لا یخفی.

(۱) الثالث: من مسقطات جواز الردّ تلف المبیع أو کونه کالتّالف.

و کونه کالتالف امّا بتمام الملکیة کانعتاق المبیع علی المشتری. و امّا بانتقال المبیع الی ملک غیر المشتری بعقد لازم أو جائز أو صیرورة العین تحت سلطان الغیر، کما إذا استأجرها المشتری أو جعلها رهنا.

و ذکر کل ذلک مسقطا لا تخلو عن المسامحة لأنّ المستفاد من الصّحیحة و المرسلة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۵

....

ان جواز الفسخ ما دام لم یحدث فی المبیع شیئا و کونه قائما بعینه و بحصول کل من الأمور المزبورة ینتهی أمد جواز الفسخ و لکن التعبیر غیر مهم.

و المهم فی المقام ما إذا تلف المبیع حقیقة فإنّه قد یقال بان الفرض خارج عن المرسلة منطوقا و مفهوما لأنّ منطوقها فرض بقاء المبیع بحاله الذی کان علیه المبیع و مفهومها عدم بقائه بحاله بنحو السالبة بانتفاء المحمول، کما هو المتفاهم العرفی من قضیّة السالبة.

و بتعبیر آخر قد فرض فی کل من المنطوق و المفهوم أصل وجود المبیع و جعل جواز الفسخ و عدم جوازه مدار عدم تغیره و تغیّره.

لا- یقال إذا سقط جواز الفسخ فی فرض تغیّر المبیع عمّا کان علیه یسقط مع تلف العین بطریق أولی فإنّه یقال لا طریق لنا إلی إحراز الأولویّة فإنه یحتمل ان یکون الوجه فی سقوط جواز الفسخ بالتغییر لأجل ان فی قبول المتغیر صعوبة علی البائع بأن یأخذ الثوب المقطوع و نحوه بخلاف الفسخ مع تلف العین فإنّه یأخذ مثلها أو قیمتها و أخذ بدل العین سهل. نعم ربما لا یکون فی قبول المتغیر صعوبة علی البائع کما إذا تغیّر بالزّیادة، و لکن الملاک المزبور بنحو الحکمة فلا ینافی عموم الحکم بسقوط الخیار بالتغییر بالزّیادة.

و قد أجاب عن ذلک بعض المحققین بأنه لم یثبت فی المقام جواز فسخ العقد علی حدّ جواز الفسخ فی سائر الخیارات بل الوارد فی الروایات جواز ردّ المبیع نظیر ما ورد فی الهبة من جواز رجوع الواهب الی العین المرهونة و مع تلف العین لا- یمکن تحقّق ردّها و علی تقدیر التنزل و الالتزام بان الثابت فی المقام ایضا جواز الفسخ فیقال الثابت جواز الفسخ بردّ العین لا مطلقا و مع عدم إمکان الفسخ برد العین یبقی جواز المطالبة بالأرش کما هو ظاهر الصحیحة و الموثّقة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۶

ثم لو عاد الملك إلى المشترى لم يجز ردّه للأصل (۱).

أقول: ما ذكره (قده) من انّ الثابت فى المقام جواز الردّ لا جواز الفسخ على حد سائر الخيارات لا يمكن المساعدة عليه فانّ ردّ العين مع بقائها على ملك المشترى لا معنى له كما ذكرنا ذلك فى الرجوع الى العين الموهوبة و ردّها بتمليك جديد غير مراد و لا بد من ان يكون المراد ردّ العين مع إلغاء البيع. و بتعبير آخر ردّ العين كناية عن فسخ البيع فى فرض بقاء المبيع بحاله فيكون مفهوم المرسلة عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحاله على نحو السالبة بانتفاء المحمول فيعود الإشكال.

و قد يجاب عن الإشكال بأنّ التلف الحقيقى الدّقى مسبوق بالحدث فى المبيع لا محالة فإنّ التلف لا يحصل بلا موجب يحدث و مع التلف العرفى يصدق على انّ الموجود فعلا غير باق على ما كان عليه عند البيع.

أقول: تطويل الكلام مع كون المسألة يكفى فى الحكم فيها بسقوط الخيار مجرد الالتفات الى مداركها ليس من دأبنا فى الفقه، و لكنه قد حصل فى المقام و الوجه فى الكفاية انّ الصّحيحة و المرسلة تخصيص فى عموم وجوب الوفاء بالعقود، و المقدار الثابت من التخصيص صورة بقاء المبيع المعيوب بحالها فإنّه يجوز فى هذه الصورة فسخ العقد؛ و امّا فى غير هذه الصورة فيحكم بلزوم العقد فإنّه مقتضى العموم المزبور فليس المدرك للزوم البيع مفهوم الشرطيّة فى المرسلة ليناقش فيه بما تقدم. و امّا ثبوت الأرش مع تلف العين المعيوبة فإنّه مقطوع و لازم للزوم البيع كما لا يخفى.

(۱) لو عاد ملك المبيع إلى المشترى فان كان ذلك بسبب جديد أو بزوال الناقل السابق لم يكن للمشترى جواز فسخ بيع المعيب على ما هو ظاهر المصنف (ره)، و لعلّ مراده بالأصل أصالة اللزوم فان البيع المزبور قبل عود الملك كان لازما لصدق انّ الشّيء قد أحدث فيه شيئا أو انّه لم يكن بحاله، و هذا موضوع لانتهاء جواز الفسخ و الحكم على البيع بالمضىّ فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۷

[الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشترى]

الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشترى (۱).

---

(۱) و حاصله انّ العيب الجديد يحصل فى المبيع المعيوب قبل قبضه تارة و يحصل بعد قبضه فى زمان يكون ضمان المبيع فيه على بائعه أخرى كما إذا حصل فى زمان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط و يحصل فى زمان لا يكون فيه ضمان حدوث العيب على البائع ثالثة كما إذا حصل بعد قبضه و فى غير زمان تلك الخيارات.

و الكلام فى انّ حدوث الحدث يوجب سقوط جواز الرد بالعيب الموجود قبل الشراء راجع الى القسم الثالث؛ و امّا إذا حصل العيب الجديد قبل قبض المبيع كما فى فرض الأول فهو لا يمنع الفسخ بالعيب السابق بل العيب الجديد كالعيب القديم يوجب جواز الفسخ به و بمطالبة الأرش، و لذا لو أسقط البائع جميع الخيارات بشرط سقوطها فى العقد و حصل العيب الجديد قبل القبض يكون للمشترى جواز الفسخ أو المطالبة بالأرش للعيب الجديد حيث انّ ضمان البائع قبل القبض أو فى زمان الخيارات الثلاث ضمان معاملى لا ضمان التلف فى اليد كما هو ظاهر قوله عليه السلام فى معتبرة عقبة بن خالد فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله اليه و قوله عليه السلام لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير البيع له.

و على ذلك فيكون العيب الجديد نظير ما كان فى المبيع قبل البيع، كما ان مقتضى الظهور المزبور ان التّلف قبل القبض أو زمان الخيار المشترط أو الحيوان أو حصول نقص فى وصف الكمال ايضا يكون كالتلف أو حصول النقص قبل البيع فى انحلال البيع أو

ثبوت خیار الوصف المشترط کما لا یخفی.

و مما ذکرنا یظهر انّ العیب الحادث فی زمان الخیارات الثلاثـهٔ لضـمانه علی البائع لا یمنع الردّ بالعیب السابق و لکن یظهر من المحقق (قده) فی درسه عدم الفرق بین العیب الحادث فی زمان الخیارات الثلاثهٔ و الحاصل بعدها فی انّه یمنع الردّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۸

....

بـالعیب السـابق، و انّمـا یجوز الفسـخ فی زمان الخیارات من العیب السابق أو الحادث بتلک الخیارات، و إذا انتهی تلک الخیارات فلا یجوز الفسخ خلافا لشیخه ابن نما حیث ذکر جواز الفسخ حتّی بعد انقضاء تلک الخیارات حیث انّ العیب الحادث لکونه علی البائع لا یمنع الرّد.

و ربما یقال ان ابن نما متفق مع المحقّق فی عـدم کون العیب الحادث موجبا لجواز الفسـخ و اختلافهم فی انّ حدوثه یمنع الرّد بالعیب القـدیم، أو لاـ یمنع فـالمحقق علی الأول و شـیخه علی الثانی و یضـعّف قول کلاهما بأنّ العیب الجدیـد موجب لخیار آخر غیر الخیار الثابت بالعیب الأول، و لکن نسبهٔ وحدهٔ الخیار و عدم تعدده بالعیب الحادث الی ابن نما مشکل لأنّ کلامه لا یأبی عن التعدّد.

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۴، ص: ۲۸۸

أقول: فی الصورتین جهتـان من البحث الأـولی کون العیب الحـادث قبـل قبض المبیع أو زمـان خیـار الحیوان و نحوه کـالموجود حال العقد موجب لخیار العیب.

و بتعبیر آخر الضّـمان المعاملی الحاصل علی البائع بالإضافهٔ إلی المبیع و أوصافه یستمر الی القبض و الی انقضاء زمان خیار الحیوان و نحوه. و الثانیـهٔ انّه لو کان المبیع معیبا حال العقـد ثمّ حدث عیب آخر قبل القبض أو قبل مضـی زمان خیار الحیوان و نحوه فهل یتعدد خیار العیب من حیث جواز الفسخ و المطالبهٔ بالأرش أم یتداخل من حیث جواز الفسخ.

أمّا الجههٔ الأولی فقد تقدم انّه قد یقال انّه یسـتفاد من قوله علیه السـلام فی صـحیحهٔ عبد اللّه بن سـنان علی البائع حتی ینقضـی الشرط ثلاثهٔ أیّام و یصـیر المبیع للمشتری انّ ضـمان التّلف قبل القبض سواء کان تلف العین أو الوصف لیس ضـمان ید بل اسـتمرار للضمان المعاملی الحاصل علی البائع حال حدوث البیع و إنشائه فإن کون الشیء تالفا حال حدوث البیع یوجب عدم انعقاده و کذلک تلفها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۹

....

قبـل القبض أو قبـل انقضاء زمان الخیار یوجب انحلاله و کما تلف وصف الصّحهٔ أو وصف کمال مشترط حال حـدوث البیع یوجب خیار العیب أو الوصف المشترط للمشتری کذلک تلفهما قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخیار.

أقول: لم یظهر وجه اسـتفادهٔ الضـمان المعاملی من الصّحیحهٔ فإن صیرورهٔ المبیع للمشتری قد تحقّق بنفس البیع فیکون المراد صیرورته له بملک مستقر، و یکفی فی عدم استقرار الملک نفس ثبوت خیار الحیوان و نحوه لانّ مع تمکن المشتری علی فسخ المعاملهٔ بذلک الخیار لا یکون ملکه استقراریا حتی لو لم یکن ضمان البائع فی ذلک الزمان ضمان معاملی بل ضمان ید کما لا یخفی.

نعم لا بأس بدلالـهٔ معتبرهٔ عقبـهٔ بن خالد علی کون ضـمان تلف المبیع قبل القبض ضـمان معاملی و کذلک بعض الروایات فی التلف

زمان خیار الحیوان حیث ذکر سلام اللّه علیه فیها (لو تلف المبیع قبل القبض یکون من مال صاحب المتاع الّذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته) و مفاده تلف المبیع ملکا للبائع و هذه عبارة أخری عن انحلال البیع.

و لکن لا دلالة لها علی کون تلف وصف الصّحة أو الکمال ایضا ضمان معاملی فإنّه لا یمکن أن یکون تلف الوصف ملکا للبائع بأن یبقی البیع بالإضافة إلی نفس الموصوف بحاله و ینحلّ بالإضافة إلی الوصف و قد تقدم عدم انحلال البیع و عدم تقسیط الثمن علی الوصف و الموصوف.

و قد یقال انّه یستفاد الضمان المعاملی بالإضافة إلی وصف الصحة أیضا من مرسلة جمیل حیث انّ السؤال فیها فی الرجل یشتری الثوب أو المتاع فیجد فیه عیبا یعمّ ما اذا علم حدوث ذلک العیب فیه قبل القبض و بعد البیع و ما فی الجواب ان کان الشیء قائما بعینه فردّه المراد من القیام بحاله مع قطع النظر عن ذلک العیب.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۰

....

و فیه أوّلا- لا- یمکن الاعتماد علیها لإرسالها و ثانیا انّه علی فرض الإطلاق فی السؤال و الجواب، فلا یعمّ الجواب فقد وصف کمال مشترط مع انّ المدّعی فیه ایضا ضمان الوصف بضمان معاملی کما انّه لا یستفاد منها حکم العیب الحادث بعد القبض فی زمان خیار الحیوان و نحوه فلا- بدّ فی تعمیم الضمان المعاملی بالإضافة إلی وصف الصحة أو الکمال قبل القبض أو زمان الخیار من التشبث بالتسالم بل للاطمئنان بعد انفکاک ضمان تلف العین عن تلف الوصف بان یکون الأول ضمانا معاملیّا و تلف الوصف ضمان الید کما لا یخفی.

امّا الجهة الثّانیة و هی علی تقدیر ضمان البائع العیب الجدید قبل القبض أو زمان خیار الحیوان بضمان معاملی فهل الجدید مع القدیم من قبیل العیبین الموجودین حال البیع فی کونهما موجبا لوحدة الخیار فی جهة جواز الفسخ أو من قبیل شراء الحیوان و مجلس البیع فی ترتب الخیار علی کلّ منهما و قد یقال بتعدد الخیار فی جهة جواز الفسخ و جهة جواز المطالبة بالأرش لأنّ الدلیل علی الخیار بالعیب السابق ما دلّ علی انّ شراء ما به عیب أو عوار من غیر علم المشتری و تبرأ البائع موضوع للخیار و ما دلّ علی ضمان البائع المبیع قبل القبض أو زمان خیار الحیوان مقتضاه کون العیب الجدید موضوعا لخیار آخر غایة الأمر الخیاران متماثلان فی جهة جواز الفسخ و جواز المطالبة بالأرش.

و الحاصل: انّ تعدد الموضوع یوجب تعدد الحکم و لو فرض انّ کلا- من الموضوعین قد أخذ بنحو صرف الوجود بالإضافة الی حکمه و علی ذلک فلا یقاس العیب الجدید بالعیبین الموجودین حال العقد حیث لا یتعدد الخیار فی جهة جواز الفسخ نعم یتعدد جواز المطالبة بالأرش فیه أیضا فإنّ جواز المطالبة به نظیر جواز المطالبة بالدّین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۱

و امّا الثالث: أعنی العیب الحادث فی ید المشتری (۱).

و لکن لا- یخفی عدم تعدد جواز الفسخ فی تعاقب العیبین ایضا حیث انّ مفاد ما ورد فی ضمان البائع قبل القبض أو زمان الخیار استمرار الضمان المعاملی الحاصل علی البائع عند البیع، و تعمیم لموضوع ذلک الحکم الی الانقضاء زمان خیار الحیوان أو الشرط و إذا فرض انّ العیب بصرف وجوده فی ذلک الزمان موضوع للخیار فلا یتعدد الخیار.

و یترتب علی ذلک انّه لو أسقط العیب السابق أی جواز الفسخ به قبل حدوث العیب الجدید یثبت له جواز الفسخ بالعیب الجدید بخلاف ما سقط جواز الفسخ بعد حدوثه فإنّه لا یبقی له حق فی جواز الفسخ.

ثم انّ الکلام فی کون العیب الجدید موجبا لخیار آخر أم لا فیما إذا لم یکن ذلک العیب بفعل المشتری و الّا فیکون ذلک الحدث موجبا لمضی البیع و جواز المطالبة بأرش العیب السابق کما هو مقتضی معتبرة زرارة و غیرها.

و کذا إذا کان العیب الجدید بفعل البائع أو الأجنبی فإنّه یکون ضمان البائع أو الأجنبی العیب الجدید بضمان ید و لا یبعد أن یکون فعلهما ایضا مسقطا لجواز الفسخ بالعیب القدیم لعدم قیام العین بحالها، و بما کان علیه حال البیع کما هو مفاد مرسلة جمیل و تمام الکلام فی ذلک فی بحث القبض إنشاء اللّه تعالی.

(۱) و ذکر (قده) بما حاصله انّه لو حدث فی المبیع المعیب عیب جدید فی ید المشتری بعد القبض و انقضاء الخیارات فیسقط بحدوثه جواز الفسخ بالعیب السابق، و المراد بالعیب الجدید مجرّد النقص الموجب لصدق التغیّر و عدم بقاء العین بحالها التی کانت علیها حال البیع و لو لم یکن النقص الحادث من العیب أی ما یوجب الأرش کما إذا باع دارا من اثنین فظهر عیب فی الدار و أراد أحد المشترین فسخ البیع فی حصته فان الفسخ فی حصته یکون موجبا لشرکة البائع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۲

....

و المشتری الآخر فی الدار و مثله ما إذا باع شیئین بصفقة واحدة و ظهر فی أحدهما عیب و أراد مشتریهما فسخ البیع فی حصته فإنّه لو فسخ البیع یصدق عدم بقاء المبیع بحاله و هو کون ذلک مع الشیء الآخر کان ملکا للبائع و کذا فیما إذا باع عبدا کاتبا و ظهر فیه عیب، و لکن کان العبد بید المشتری قد نسی الکتابة و مثله نسیان الدابة الطحن عند ما أرید فسخ شرائها بالعیب السابق.

و یمکن الاستدلال علی جمیع ذلک بمرسلة جمیل فان الوارد فیها ان کان الشیء قائما بعینه فردّه فان مجرد حصول النقص فی المبیع و ان لا یوجب صدق عدم بقائه بعینه، کما یظهر ذلک فی مسألة تقدیم قول البائع فی اختلافه مع المشتری فی قدر الثمن الّا انّ التمثیل للتغیر فی المرسلة بقطع الثوب و خیاطته و صبغة قرینة علی انّ المراد ببقاء الشیء بعینه عدم التغیر بمطلق النقص حیث انّ خیاطة الثوب أو صبغة لا یوجب النقص الموجب للأرش غالبا.

بل ربّما یقال انّ المراد ببقائه بعینه عدم التغیر لا بالنقص و لا بالزیادة کسمن الدّابة و تعلم الصّنعة، و لکن لا یمکن المساعدة علیه فانّ ظاهر قیام العین عدم نقصها بمعنی ان لا یحدث فیه ما یوجب نقص مالیته لا ان لا یحدث فیه ما یوجب زیادتها حیث انّ الحکم بسقوط جواز الفسخ مع عدم قیام المبیع بحاله بحسب الفهم العرفی رعایة لحال البائع فلا یعم حدوث الزّیادة کما لا یخفی.

و ذکر فی التذکرة مع الإغماض عن المرسلة وجها آخر لسقوط جواز الفسخ بالعیب الجدید الحادث فی ید المشتری و هو انّ النقص أی العیب الحادث فی ید المشتری یوجب تلف شیء من المبیع فیکون مضمونا علی المشتری و یسقط به جواز فسخه لان مع ردّ المبیع یلزم تحمل البائع المبیع مع العیب الجدید و هذا لیس بأولی من تحمل المشتری ذلک الشیء مع العیب القدیم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۳

....

ثم انّ المصنّف (قده) قد أورد علی کل من الاستدلال علی الحکم بالمرسلة و بالوجه المذکور فی کلام العلامة. امّا المرسلة فإنّها لا یعم مثل نسیان العبد الکتابة و نسیان الدابة الطحن و نحوهما من موارد عدم تغیر عین المبیع. و امّا ما فی التذکرة فإنّه مع عدم ثبوت الأولویة یرجع الی استصحاب بقاء الخیار للمشتری فیکون کما إذا فسخ البیع بالإقالة أو بالغبن مع تعیّب المبیع فی ید المشتری فانّ البائع یرجع الی المشتری بأرش العیب الحادث فی یده لأنّ الأوصاف و ان لا تدخل فی ضمان المشتری لأنّ المبیع فی زمان الخیار ملکه و المالک لا یضمن ماله إلّا ان وصف الصحّة بمنزلة جزء المبیع فی کون تلفه عند فسخ المعاملة یوجب رجوع البائع إلی بدله

لانّ المبیع و کذا أجزائه مضمون علی المشتری بضمان معاملی.

و الحاصل: انّ النقص الحادث فی ید المشتری إذا لم یکن من العیب فلا موجب لسقوط جواز الفسخ و لا لثبوت الأرش و لا یقاس المقام بباب ضمان الید کما إذا غصب العبد الکاتب و نسی الکتابة بیده. نعم لو کان الدلیل علی جواز الفسخ بالعیب القدیم نفی الضرر لأمکن أن یقال بعدم جواز الفسخ بعد حصول النقص لانّ تحمل البائع المبیع بالعیب القدیم ضرر علیه و قاعدة نفی الضرر الحاکمة بثبوت جواز الفسخ للمشتری لا یعمّ الفرض لأنّه لا حکومة لقاعدة نفی الضرر فی مورد تعارض الضررین.

و الحاصل: انّ العمدة فی جواز الفسخ فی شراء المعیب النصّ و الإجماع و مع الشک فی سقوط هذا الجواز یحکم ببقائه بالاستصحاب، و لکن لا بأس بالأخذ بالمرسلة و الحکم بسقوط جواز الفسخ بمطلق النقص الحاصل فی المعیب بعد القبض و انقضاء الخیارات الثلاثة.

و توضیح الأخذ بها هو انّ الوارد فیها مثالا لعدم بقاء المبیع بعینه خیاطة الثوب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۴

....

و صبغه و النقص الحاصل للثوب بالخیاطة و الصبغ اعتباری حیث یتعلّق حق المشتری بخیاطة الثوب أو صبغه؛ و من الظاهر انّ تعلق حقه به بحیث یبقی ذلک الحق له علی فرض الفسخ نقص اعتباری و لیس من العیب الموجب للأرش، و علی ذلک فیکون جواز فسخ شراء المعیب مشروطا بعدم تغیّر العین الأعم من تلفها أو حصول النقص فیها و لو کان النقص اعتباریّا.

لا- یقال ما ذکر مثالا- لعدم بقاء المبیع بعینه من قبیل التغیر الحسّی، و لو لم یکن من العیب الموجب للأرش؛ و امّا مثل نسیان العبد الکتابة أو الدابة للطحن فلا یدخل فی التغیر الموجب لسقوط جواز الفسخ، فإنّه یقال لما یحتمل الفرق بین حدوث العیب الجدید و بین غیره من النقص بان لا- یکون النقص من غیر عیب مسقطا لجواز الفسخ، فإذا کان ظاهر المرسلة عدم الفرق بینهما فلا یحتمل الفرق بین النقص المحسوس و النقص الاعتباری، و کیف کان فلا وجه لما عن المفید فی المقنعة من عدم کون العیب الجدید مسقطا لجواز الفسخ.

أقول: لو بنی علی العمل بالمرسلة فلا حاجة الی إتعاب النفس فی إدخال مثل نسیان العبد الکتابة أو الدّابة الطحن فی مدلولها لأنّه یصدق مع النسیان عدم قیام المبیع بحاله؛ بل ظاهرها اعتبار قیامه بحالها حتی بعد الفسخ الی ان یصل الی ید بایعه و لو حصل النقص بعد الفسخ و قبل ردّه الی صاحبه فلا یکون ذلک الفسخ نافذا.

و بهذا یمکن أن یقال مع حصول الشرکة بالفسخ بل التبعّض فی الصفقة بالفسخ لا یکون ذلک الفسخ نافذا، هذا مع الإغماض عمّا یأتی من انّ الثابت فی بیع الشیء من اثنین أو بیع الشیئین بصفقة واحدة ثبوت خیار واحد. و انّه لا یثبت الخیار فی کل من البیوع الانحلالیة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۵

ثمّ ان مقتضی الأصل عدم الفرق فی سقوط الخیار بین بقاء العیب الحادث و زواله (۱).

بل الأمر کذلک لو أغمض عن المرسلة و استند فی سقوط الخیار بالحدث بمعتبرة زرارة، فإن الوارد فیها مسقطا لجواز الفسخ، و ان کان احداث المشتری شیئا الّا انّ استناد الحدث إلی المشتری لا دخل فی الحکم لانّ المتفاهم العرفی هو اعتبار وصول المبیع إلی بائعه ثانیا علی ما کان فی نفوذ الفسخ و نسبة الحدث إلی المشتری لفرض الغالب.

و ما ذکره المصنف (ره) فی توضیح إدخال النقص الاعتباری فی مدلول المرسلة من انّ تعلّق حقّ المشتری بخیاطة الثوب أو صبغة

نقص فیه لا یمکن المساعدة علیه فإنّه لو أسقط المشتری حقّه قبل الفسخ لا یجوز ایضا الفسخ بل لا حقّ للمشتری مع نفوذ الفسخ بل ملکه الخیوط أو الصبغ إذا کان له عین کما أوضحنا ذلک فی حکم الفسخ بخیار الغبن.

(۱) لو زال العیب الحادث أو التغیر الحادث بان عادت العین علی ما کانت علیه حال المبیع فهل یجوز للمشتری فسخ البیع أو انّه یمضی علیه البیع؛ و انما یکون له المطالبة بالأرش کما کان ذلک قبل زوال العیب أو التغیّر؛ ذکر المصنف (ره) عدم جواز فسخ البیع بعود العین علی ما کانت علیه لانّ جواز الفسخ قد سقط بحدوث العیب و النقص و لا دلیل علی عوده و مقتضی الاستصحاب عدم عوده، کما ذکر ذلک فی التذکرة.

و لکن فصّل فی التحریر و قال ان کان العیب بفعل المشتری فلا یجوز الفسخ بزواله، و کان له المطالبة بالأرش خاصة بخلاف ما إذا لم یکن بفعله فإنّه یجوز الفسخ بزواله و وجّهه المصنف (ره) بأنّ سقوط جواز الردّ بحدوث العیب الجدید لئلّا یتضرّر البائع بردّ العین علیه معیبا، و لانّ ضمان العیب الجدید علی المشتری و مع عود

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۶

....

العین الی ما کانت علیه لا ضرر علی البائع و لا یکون للمشتری ضمان.

أقول: لو کان الوجه فی عدم جواز الفسخ بالعیب الجدید ما ذکر لما کان فرق بین کون العیب الجدید بفعل المشتری أو بغیره، فیجوز الفسخ مع زوال الحادث علی التقدیرین؛ و لعل الوجه فیما ذکره فی التحریر ان مقتضی معتبرة زرارة سقوط جواز الفسخ بإحداث المشتری فی المبیع حدثا سواء زال ذلک الحادث أم لا. و امّا إذا لم یکن بفعله فمع زوال الحادث یصدق ردّ الشیء مع قیامه بعینه.

و لکن یرد علی هذا الوجه من انّ المتفاهم من معتبرة زرارة بمناسبة الحکم و الموضوع عدم وصول العین الی ید البائع علی ما کانت علیه فیتّحد مدلولها مع المرسلة إلّا فیما کان التغیر بفعل البائع فإنه یمکن القول بشمول المرسلة لهذا الفرض ایضا، و انّه لا یجوز الفسخ فی هذا الفرض ایضا، اللهم الّا ان یقال ان لازم جواز الفسخ بعد زوال العیب الحادث تعدّد جواز الفسخ للمشتری و هو خلاف ظاهر المعتبرة بل المرسلة.

و ما ذکر السید الیزدی (قده) بعد استلزامه تعدد الخیار لأنّا نمنع عن کون العیب الحادث الذی یزول قبل الفسخ مسقطا و انّما لا یکون له الردّ خارجا ما دام العیب.

و إذا زال العیب جاز الردّ و نفذ الفسخ لا- یمکن المساعدة علیه فانّ تجویز الردّ کنایة عن ثبوت الخیار و نفوذ الفسخ و الأمر بأخذ الأرش کنایة عن سقوطه. و من الظاهر انّه قبل زوال العیب کان له أخذ الأرش بمقتضی المعتبرة و المرسلة فیکون المرجع بعد زواله عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لا أقلّ من استصحاب عدم نفوذ الفسخ.

هذا کلّه فی جواز الفسخ بالخیار بحیث یکون للمشتری إلزام البائع بالفسخ المزبور. و امّا الفسخ برضا البائع فهو لا بأس به بل هو داخل فی الإقالة سواء رضی البائع بالفسخ مع أرش العیب الجدید أو بلا أرشه أیضا و أخذ البائع الأرش علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۷

[تنبیه]

ظاهر التذکرة و الدروس انّ من العیب المانع عن الردّ بالعیب القدیم تبعّض الصّفقة (۱).

العیب الجدید لیس من الإقالة بالنقیصة لیقال بعدم جوازه بل الأرش لضمان المشتری للعیب الجدید بضمان الید مع تمام البیع حدوثا،

كما فى البيع الفاسد أو بقاء، كما فى صورة فسخه بالخيار أو بالإقالة.

و ايضا ليس أرش العيب الجديد من قبيل أرش العيب القديم الذى يستحقّه المشترى على البائع على تقدير إبقاء البيع فان ضمان البائع الأرش ضـمان معاملى فيؤخذ من البائع بنسبة تفاوت القيمتين أى المعيب و الصحيح الى الثمن المسمّى بخلاف ضمان المشترى العيب الجديـد فإنّه يأخذ البائع من المشترى نفس مقدار تفاوت قيمتين، و فى معتبرة عقبة بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام انّه سأل عن رجل ابتاع ثوبا فلمّا قطعه وجد فيه خروقا و لم يعلم بـذلك حتى قطعه كيف القضاء فى ذلك؟ قال (اقبل ثوبك و الّا فهائى صاحبك بالرضا و خفض له قليلاـ و لاـ يضرك إنشاء اللّه تعالى فان أبى فاقبل ثوبك فهو أسلم لك إنشاء اللّه تعالى)، فانّ الخفض من الثمن على تقدير الإقالة أرش القطع كما لا يخفى.

(۱) ذكر فى التذكرة و الدروس ان تبعض الصفقة على البائع يوجب سقوط جواز فسخ البيع بالعيب القديم فيتعيّن للمشترى المطالبة بالأرش، و ذكر المصنف (ره) فى توضيح المقام انّ التعدد الموجب للتبعّض امّا فى أحد العوضين، كما إذا باع واحد شيئا أو شيئين بصفقة من مشتر واحد و ظهر بعض المبيع معيبا؛ و نظير ذلك ما ذا باع شيئا بثمن خارجى فظهر بعض الثمن معيبا؛ و امّا التعدد فى البائع كما إذا باع اثنان شيئا كالدار المشتركة بينهما بالمناصفة من واحد فظهر العيب فيها و أراد المشترى فسخ الشراء بالإضافة إلى حصة أحد المتبايعين. و امّا ان يكون التعدد فى ناحية المشترى، كما إذا اشترى اثنان دارا من بائعها فظهر العيب

....

فيها و أراد أحد المشتريين فسخ الشراء بالإضافة إلى حصّته و نظير ذلك ما إذا باع الدار مالكها من واحد و مات المشترى و أراد بعض ورثته فسخ الشراء بالإضافة إلى حصته الموروثة.

و امّا فرض التعدد فى ناحية الثمن بان باع نصف الدار بألف درهم و نصفها الآخر بمأة دينار فظهر العيب فى الدنانير، و أراد البائع فسخ البيع بالإضافة إلى الدنانير فقد ذكر (قده) انّه لا إشكال فى نفوذ هذا الفسخ لكون الموجود خارجا عقدين و لم يتعرّض (قده) لثبوت خيار التبعض الصفقة على المشترى حيث انه قد أقدم على شراء نصف الدّار بالدّراهم على ان يتمّ له شراء نصفها الآخر بالدّنانير، بل ظاهره عدم ثبوت خيار التبعض، و لكن هذا الخيار على تقديره لا يمنع عن فسخ البائع البيع بالإضافة إلى الثمن المعيب لأنّ التبعّض الحاصل بالإضافة إلى المبيع أو الثمن لا يمنع الفسخ كما يأتى.

أمّا الصّورة الأولى كما باع شيئا أو شيئين بصفقة واحدة أى بثمن واحد فظهر بعض المبيع مبيعا و أراد المشترى فسخ الشراء بالإضافة إلى المعيب فقد ذكر (قده) عدم جواز هذا الفسخ لانّ الفسخ إذا كان فى الجزء المشاع يتبعّض المبيع المعيب على البائع، و كذا إذا أراد فسخ الشراء بالإضافة الى أحد الشيئين الّذى ظهر فيه العيب فانّ التفريق الحاصل بالفسخ حدث فى المعيب و نقص آخر فيه؛ و لذا لو حدث هذا التفريق فى المبيع الصحيح كما إذا باع شيئين بصفقة واحدة فظهر أحدهما مستحقّا للآخر يثبت للمشترى الخيار بالإضافة إلى شراء الآخر.

لا يقال يمكن منع النقص الحاصل بالالتزام بثبوت خيار التبعض للبائع فيكون الفرض، كما إذا اشترى حيوانا مع غيره بصفقة واحدة و فسخ الشراء بالإضافة إلى الحيوان فى ثلاثة أيام فإنه يثبت للبائع خيار التبعض بالإضافة إلى بيع غير الحيوان.

....

فإنّه يقال ثبوت الخيار بالتبعّض للبائع غير ممكن فى المقام؛ لأنّه ربّما يكون ضرريّا للمشترى حيث انّه يريد الإمساك بالشيء الصحيح

و یـدلّ علی عدم جواز الفسخ بالإضافة إلی الشـیء المعیب و یتعین المطالبة بالأرش ما ورد فی المنع عن ردّ الثوب المعیب بالخیاطة و الصبغ فانّ المانع عن الفسخ لیس التغیر الخارجی بالخیاطة و الصبغ لحصول هذا التغیر فی سمن الدابة و نحوها بل المانع فی الحقیقة حصول الشرکة فی الثوب بالخیاطة و الصبغ فی فرض ردّه، و هذه الشرکة نقص یمنع عن الفسخ بالعیب القدیم.

أقول: قد تقدم عدم الشرکة فی صنع الثوب و خیاطة بالفسخ حتی الشرکة فی المالیة لعدم اعتبار الوصف ملکا لواحد و الموصوف آخر؛ بل المسقط لجواز الفسخ نفس التّغیر الخارجی المحسوب حدثا فی المعیب فلا یضرّ السمن المتعارف الذی لا یعد حدثا، و التبعض علی البائع فیما إذا کان بیع الشیئین بصفقة واحدة فظهر العیب فی أحدهما لا یکون حدثا و نقصا فی الشیء المعیب، و لو کان نقصا فیه لما کان فیما إذا بیع الحیوان مع غیره بصفقة خیار التبعض للبائع بالإضافة الی غیر الحیوان لانّ النقص فی الحیوان مضمون علی البائع فی زمان خیاره بل ثبوت خیار التبعض تخلف الشرط علی البائع.

و علی ذلک فیلزم التفصیل فی المقام و هو انه إذا بیع شیء و ظهر العیب فیه، و أراد المشتری الفسخ فی نصفه أو ثلثه و نحوهما فلا یجوز لانّ الثابت للمشتری فی شراء المعیب خیار واحد متعلق بشراء مجموع المعیب فلا یثبت الخیار فی البیوع الانحلالیّة. و امّا إذا کان الفسخ بالإضافة إلی شراء المعیب کما إذا باع الشیئین بصفقة واحدة، فظهر العیب فی أحدهما فهذا الفسخ لا بأس به، و یکون نظیر شراء الحیوان مع غیره غایة الأمر یثبت للبائع خیار التبعّض بالإضافة إلی بیع الشیء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۰

بظهور الأدلة فی تعلق حق الخیار بمجموع المعیب (۱).

الآخر کما لا یخفی.

و لو کان التبعض علی البائع من حدوث النقص فی المعیب فیما لو باعه مع غیره بصفقة لما جاز فسخ شراء الحیوان فی الثلاثة فیما لو شراه مع غیره بصفقة، لأنّ إحداث المشتری الحدث فی الحیوان ایضا موجب لسقوط خیار الحیوان فالتبعض الحاصل بفسخ شراء الحیوان فی الفرض یمنع عن نفوذ ذلک الفسخ.

و الحاصل: لم یعلم الفرق بین مسألة شراء الحیوان مع غیره بصفقة و شراء المعیب مع غیره بصفقة و انّه لا وجه للالتزام بنفوذ فسخ شراء الحیوان و عدم نفوذ فسخ شراء المعیب.

(۱) ذکر فی الجواهر فی وجه عدم جواز الفسخ بالإضافة إلی المعیب انّ الخیار یثبت فی البیع بالإضافة إلی تمام المبیع لا بالإضافة إلی أجزائه؛ و أجاب المصنف عنه بأنّ ذلک أمر متسالم علیه؛ و لذا لا یجوز للمشتری فسخ البیع فی الجزء الصحیح خاصة الّا انّ الکلام فی انّ مع انطباق موضوع الخیار علی جزء الصفقة یکون مورد الخیار شراء ذلک الجزء، کما فی مسألة شراء الحیوان مع غیره بصفقة الّا ان یدعی ان مع تحقق العیب فی جزء الصفقة یصدق علیها أنها معیبة کصدق المعیب علی الثوب المبیع فیما إذا کان العیب فی بعض أطرافه.

و قال ایضا ان لازم ما ذکر فی الجواهر عدم جواز الفسخ فی المعیب خاصة و لو مع رضا البائع لانّ مقتضی ما ذکر عدم الموجب لفسخ شراء المعیب خاصة لا لوجود المانع یعنی لزوم الضرر علی البائع بحصول النقص بالتبعّض لیرتفع مع رضاه.

و ذکر فی آخر کلامه الأمر فی المقام یدور بین الالتزام بثبوت جواز الفسخ بالإضافة إلی المعیب و مع تحقق الفسخ یثبت للبائع خیار تبعض الصّفقة، و معه ینتفی سلطنة المشتری علی الإمساک بالجزء الصّحیح و بین الالتزام بعدم سلطنة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۱

و امّا الثالث: و هو تعدد المشتری (۱).

المشترى على الفسخ بالإضافة إلى المعيب من الأول و لو لم يكن الثّانى أولى فلا أقلّ من مساواته مع الأول فيرجع الى أصالة اللزوم فيكون الفرق بين المقام و مسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة بالإجماع، كما ان للشفيع أن يأخذ بحق شفعته فى بعض الصفقة بالإجماع أيضا.

أقول: قد تقدم سابقا انّ الفسخ مع رضا البائع داخل فى الإقالة، فكيف لا يجوز مع رضا البائع و الإقالة مشروعة حتى بالإضافة إلى البيوع الانحلاليّة، كما هو مقتضى قوله عليه السلام (أيّما عبد أقال مسلما فى بيع اقاله اللّه عثرته يوم القيمة)؛ و ذكرنا فى المقام انّ مورد خيار العيب فيما لو باع المعيب مع غيره بصفقة هو شراء المعيب و ان التبعّض على البائع لا يمنع عن نفوذ فسخه غاية الأمر يثبت لكل منهما خيار التبعض بالإضافة إلى الجزء الآخر و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) قد ظهر مما تقدم من ان انطباق موضوع الخيار على البيع الانحلالى يوجب ثبوت الخيار فيه و لو مع كونه انحلاليّا، و عليه فإذا اشترى اثنان عينا و ظهر فيما عيب فإنه و ان ذكر المصنف (قده) ان الثابت للمشتريين خيار واحد فيرجعان بالأرش ان لم يجتمعا على الفسخ الّا انّه لا يمكن المساعدة عليه فإنّه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى ما به عيب و لو كان ذلك الشيء النصف المشاع من العين فيكون لكل منهما خيار مستقل حتى لو قيل بأنّه لو اشترى اثنان حيوانا لا يكون لكل منهما خيار الحيوان بل يثبت لهما خيار واحد و ذلك فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان، و الخيار ثابت لمشترى الحيوان بخلاف المقام فانّ نصف العين المعيوبة شراء حصّة فيها عيب لا يقال الفسخ المزبور يوجب التبعّض على البائع فإنه يقال التبعّض فى العين قد حصل بالبيع من اثنين، و لكن بما انّ البيع منهما بعقد واحد يكون بيع كل حصّة مشروطا بتمام بيع الحصة الأخرى، فيثبت للبائع مع فسخ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۰۲

[يسقط الأرش دون الردّ فى موضعين]

اشارة

يسقط الأرش دون الردّ فى موضعين (۱).

[أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه]

أحدهما دون الآخر خيار تبعّض الصفقة بلا فرق بين علم البائع و جهله بتعدد المشترى.

نعم إذا ادّعى المشترى بأنّه اشترى العين لاثنين و أنكره البائع يقدم قول البائع لموافقة قوله لظهور قبول المشترى فى كونه لنفسه و يؤخذ المشترى بتمام الثمن و هذه مسألة أخرى.

(۱) ذكر (قده) انّه يثبت فى شراء المعيوب جواز الفسخ دون الأرش فى موضعين أحدهما ما إذا اشترى ربويّا بجنسه و ظهر العيب فى أحد العوضين فإنّه يجوز لمن انتقل اليه المعيب فسخ البيع، و لكن لا يجوز له المطالبة بالأرش لأنّ أخذ الأرش يوجب كون المعاملة ربويّا، و ان لا يشترى جنس واحد مثلا بمثل؛ و فى المسألة قولان آخران جواز أخذ الأرش مطلقا لأنّ الأرش لا يدخل فى أحد العوضين ليكون أخذه زيادة فى أحدهما على الآخر و جواز أخذه من غير جنس العوضين.

و ذكر فى التّذكرة لجواز أخذ الأرش وجها ثالثا فى المسألة المعروفة، و هى ما إذا اشترى ربويّا بجنسه فظهر عيب بعد حدوث عيب جديد فيه فى يد المشترى فانّ فى المسألة وجوها ثلاثة الأوّل فسخ البيع و لو بعد حدوث العيب الجديد غاية الأمر انّ للبائع إلزام المشترى بردّ قيمة العوض المفروض فيه عيب قديم و عدم حدوث عيب جديد. و الثانى: الفسخ برضا البائع مع ردّ المشترى على البائع أرش العيب الجديد.

و الثالث: عدم جواز الفسخ بل یجوز للمشتری مطالبهٔ البائع بأرش العیب القدیم، و لا یکون أخذه ربا، لأنّ المعتبر فی بیع الشّیء بجنسه المماثلهٔ بین العوضین عند إنشاء المعاملهٔ لا فی بقائها، و علیه فیجوز للمشتری المطالبهٔ بالأرش من غیر فرق بین کون الأرش من جنس العوضین أو من غیره فإنّه لو لم یجز أخذ الأرش من جنس العوضین باعتبار کونه ربا لم یجز أخذه من غیر الجنس أیضا لأنّ الرّبا فی المعاوضهٔ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۳

....

معاوضهٔ شیء بجنسه مع الزیادهٔ فی أحد العوضین.

و وجّه المصنف (ره) اعتبار المماثلهٔ فی حدوث المعاوضهٔ لا فی بقائها ان وصف الصّحهٔ فی العوضین لا یقابل بشیء من العوض الآخر؛ و لذا لا یکون الأرش جزءا من الثمن، و لا یدخل فی ملک من انتقل الیه المعیب بمجرد العقد غایهٔ الأمر یکون إطلاق العقد مقتضاه التزام البائع بوصف الصّحهٔ نظیر التزامه بوصف الکمال و قد جوّز الشارع لمن انتقل الیه المعیب اختیار تغریم الملتزم بوصف الصحّهٔ بالقیمهٔ بنسبهٔ المعاوضهٔ سواء کانت القیمهٔ من الثمن أو من غیره.

و لکن ناقش فی التوجیه بأنّ الأرش عرفا و شرعا عوض وصف الصحّهٔ و ما دلّ علی حرمهٔ المعاوضهٔ إلّا مثلا بمثل مقتضاه إلغاء وصف الصّحهٔ فی العوضین من جنس واحد و المنع عن أخذ العوض علیه و لو بعنوان التغریم.

و وجّه السید الیزدی (قده) عدم لزوم الرّبا بأخذ الأرش بأنّ المنهی عنه فی الربا نفس معاوضهٔ شیء بشیء من جنسه مع الزیادهٔ فی أحدهما بحیث تکون الزّیادهٔ فی أحد العوضین بالجعل المعاملی سواء کانت تلک الزّیادهٔ مالا من جنس العوضین أو من غیره أو کان فعلا- و امّا إذا کانت المعاوضهٔ بین المتماثلین و کانت الزیادهٔ بحکم الشرعی مترتب علی تلک المعاملهٔ فهذا خارج عن الرّبا فی المعاوضهٔ و الأرش، فیما نحن فیه من قبیل الثانی.

و ما ذکر المصنف (ره) من انّ الأرش عوض عن وصف الصحهٔ شرعا و عرفا فان کان المراد العوض الجعلی فلا نسلمه فانّ وصف الصحهٔ لا یقابل بشیء من العوض فی المعاملهٔ و الّا یزید بها علی نفس الشیء الآخر؛ و ان کان المراد العوض الشرعی فهو لا یدخل فی المعاوضهٔ.

أقول: لو شرط إعطاء الزیادهٔ علی تقدیر عدم وصف الصحهٔ فی العوض من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۴

....

جنس المعوض تکون الزیادهٔ جعلیّهٔ فیحکم ببطلان الشرط لکونه مخالفا للکتاب العزیز الدال علی حرمهٔ الرّبا و لا یحتمل الفرق بینه و بین أخذ الأرش بأن یجوز الثانی، و لا یجوز الأول اللّهم الّا ان یقال بطلان الشرط المزبور بمعنی عدم ترتب أثر علیه، فإنّه یثبت الأرش مع فقد وصف الصحهٔ سواء شرط أو لم یشترط نظیر شرط الخیار فی شراء الحیوان فإنّه یثبت إلی ثلاثهٔ أیّام شرط أم لم یشترط.

و حرمهٔ المعاوضهٔ الرّبویّهٔ بمعنی فساد أصل المعاملهٔ لا حرمتها تکلیفا تنحصر بما إذا کانت الزّیادهٔ مالا منضمّا الی أحد العوضین حیث انّ المعاوضهٔ بین المتماثلین غیر منشأهٔ و المنشأهٔ غیر ممضاهٔ فتفسد و یستفاد من لعن معطی الرّبا و آکله و آخذه حرمتها تکلیفا. و امّا إذا کانت الزّیادهٔ عملا- بان یشترط ذلک العمل فی المعاملهٔ فلا یوجب بطلان الشرط فساد المعاملهٔ؛ و لذا لا یکون الرّبا فی باب القرض مفسدا للقرض. نعم حرمهٔ المعاملهٔ تکلیفا یجری فی هذا القسم ایضا؛ و لکن شرط إعطاء الأرش فی معاملهٔ شیء بجنسه لا یدخل فی شیء من القسمین، لأنّه شرط للوفاء بالحکم الشرعی.

ثم علی تقدیر شمول الرّبا للأرش فی المقام فلا ینبغی الشک فی الأخذ بإطلاق خطاب تحریمه و رفع الید عن إطلاق دلیل الأرش لأنّ خبر ثبوت الأرش بإطلاقه مخالف للکتاب العزیز، فلا یکون معتبرا فی إطلاقه، بل لو قیل بأنّ الخبر المخالف للکتاب لا یعم ما إذا کانت المخالفة بالإطلاق من الکتاب فإنّ الإطلاق لا یدخل فی مدلول اللّفظ بل هو حکم عقلی منوط بتمامیة مقدّماته و مع تعارض الخبر، و الکتاب فی إطلاقهما لا حکم للعقل فتصل النّوبة الی الأصل العملی و مقتضاه عدم ثبوت الأرش حیث انّ الأرش ثبوته حکم تعبدی فیحتاج الی قیام الدلیل علیه.

و امّا إذا شکّ فی شمول الرّبا للأرش فیؤخذ بإطلاق ما دلّ علی ثبوت الأرش

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۵

[الثّانی: ما لم یوجب العیب نقصا فی القیمة]

الثّانی: ما لم یوجب العیب نقصا فی القیمة (۱).

بلا معارض کمعتبرة زرارة عن أبی جعفر علیه السلام (أیّما رجل اشتری شیئا و به عیب أو عوار الی ان قال یمضی علیه البیع و یردّ علیه بقدر ما نقص من ذلک الداء و العیب من ثمن ذلک لو لم یکن به.

و دعوی عدم الإطلاق فی المعتبرة لأنها وردت فی مقام بیان مضیّ المعاملة علی المعیب بالتّصرف فیه کما تری فإنّ الأصل فی کل حکم یتکفّله الخطاب کونه فی مقام بیان قیوده و موضوعه و المذکور فی المعتبرة حکمان أحدهما مضی البیع مع التصرّف و ثانیهما تعیّن الأرش معه فلا حظ.

(۱) ثانی الموضعین ما إذا لم یکن النقص الموجود فی المبیع موجبا لنقص قیمته السوقیّة کالخصاء فی العبید حیث انّ الخصاء و ان یکون نقصا فی الخلقة الأصلیّة الّا انّه أمر مرغوب إلیه فی العبید، فلا یوجب تنزل قیمة العبد، بل ربما یوجب زیادتها فیکون فی الفرض جواز الفسخ دون الأرش لانتفاء الموضوع للثانی.

و قد یقال عدم تنزل قیمة العبد بالخصاء عند قلیل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة من عدم تستّر النساء منه، و یکون العبد واسطة فی الخدمات بین المرء و زوجته لا یوجب عدم نقص قیمته السوقیة عند عامّة الناس نظیر العنب المعیوب حیث یرغب فیه بعض الناس لغرض التخمیر و لجودة خمره ربّما یعطی له الثمن المساوی لصحیح العنب فیکون العبرة فی ثبوت الأرش القیمة السوقیّة عند عامّة الناس ممّن لا یکون له غرض فاسد.

و أجاب المصنف (ره) عن ذلک بان النقص عن الخلقة الأصلیّة إذا کان مما یرغب فیه الغالب بحیث لا یکون من رغبة النادر الّتی لا دخل لها فی القیمة السوقیّة للشیء عرفا لا یوجب الأرش لعدم نقص القیمة السوقیة بالنقص المزبور و صحّة الرغبة و فسادها لا دخل لها فی القیمة السوقیة فإن مع الندرة لا اعتبار بها و مع الغلبة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۶

[سقوط الرد و الأرش معا]

[أحدها العلم بالعیب قبل العقد]

العلم بالعیب قبل العقد (۱).

یکون ملاک القیمة السوقیة، و علی ذلک فلا یکون مثل الخصاء موجبا لجواز أخذ الأرش بل یوجب جواز الفسخ.

أقول: الأظهر عدم جواز الفسخ أيضا لأنّ النقص المزبور لا يعدّ عيبا بل هو نظير الختان أجنبى عن العيب و الاستشهاد بكونه عيبا بمرسلة السيّارى لا يمكن المساعدة عليها لضعفها سندا بالإرسال و عدم الاعتبار بفهم أبى ليلى ثانيا فتدبّر.

و قد يذكر موضعا ثالثا لسقوط الأرش دون جواز الفسخ و هو ما إذا ظهر العيب فيما يشترط قبضه فى المجلس كما إذا باع دنانير بدراهم، و بعد حصول التقابض و انقضاء المجلس ظهر العيب فى أحد العوضين فإنّه لا يجوز لمن انتقل اليه المعيب مطالبة صاحبه بالأرش حيث انّه لو أخذ الأرش بعد المجلس لما حصل التقابض فى المجلس، و لعل إغماض المصنف (ره) عن التّعرض لذلك لأجل ان سقوط الأرش فى الفرض مبنىّ على كونه جزء العوضين ليعتبر قبضه فى المجلس ايضا. و امّا بناء على انّ الأرش تغريم كما هو الصحيح فلا وجه لاعتبار قبضه فى المجلس أصلا.

(۱) ذكر (قده) انّ مع العلم بالعيب قبل العقد لا يثبت جواز الفسخ و لا جواز المطالبة بالأرش بلا خلاف و لا إشكال لأنّ الموضوع للخيار فى الروايات العلم بالعيب و وجدانه بعد العقد فلا يكون العلم بالعيب قبل العقد داخلا فى موضوع الخيار. و عن الجواهر نفى الخيار مع العلم بالعيب قبل العقد بمفهوم معتبرة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال (أيّما رجل اشترى شيئا به عيب و عوار لم يتبرّء اليه و لم يبين له الحديث. و تنظر المصنف (ره) فى الاستدلال بالمفهوم و يقال فى وجه نظره انّ المذكور فى الرواية من القيد داخل فى الوصف و لا مفهوم له.

أقول: لو كان وجه نظره ذلك لما كان فرق بين المقام و مسألة تبرّئ البائع عن العيب و المصنف استند بعد أسطر فى نفى الخيار مع تبرئه بمفهوم قوله عليه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۰۷

[الثانى: تبرّى العيوب إجماعا فى الجملة]

اشارة

الثانى: تبرّى العيوب إجماعا فى الجملة (۱).

و لم ينبرء اليه مع انّه لا فرق بين القيدين و لا يظنّ خفاء ذلك على المصنف. و الظاهر ان نظره (قده) باعتبار انّه لم يذكر فى المعتبرة و لم يعلم بل ذكر فيها لم يبين له، و البيان لازمه العرفى تبرّء البائع من العيب فلا يعمّ ما إذا علم المشترى العيب من الخارج، و من غير بيانه فلا يكون للقيد المزبور دلالة على عدم ثبوت الخيار للعالم بالعيب مطلقا. و لكن قد ذكر فى المعتبرة زرارة فأحدث بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار بذلك الداء و مقتضاه فرض الجهل بالعيب حال العقد. أضف الى ذلك ظهور بيان العيب للمشترى فى عدم علمه به. و لذا جعل قسيما للتبرء و لم يقيد بكون البيان من البائع.

ثم انّه لو شرط العالم بالعيب خيار العيب يبطل الشرط باعتبار كون المشروط خلاف السنة، حيث انّ مقتضى التقييد فى السنة عدم ثبوت ذلك الخيار للعالم بالعيب مع انّ عدم الدليل على مشروعيّة الخيار المزبور للعالم كاف فى الحكم ببطلان شرطه لأنّ الشرط لا يكون مشرعا كما يأتى، و لكن لا يكون فساد الشرط موجبا لفساد أصل المعاملة كما هو ظاهر المصنف (ره). نعم لو كان مراده شرط مطلق الخيار فهو داخل فى شرط الخيار و لا بأس به.

(۱) الثانى من مسقطات الخيار العيب تبرّى البائع من عيوب المبيع و كذا تبرّى المشترى من عيب الثمن، و يشهد لسقوط الخيار بالتبرّى مع الإغماض عن الإجماع عليه فى الجملة لأنّ الإجماع فى المقام مدركى معتبرة زرارة المتقدمة حيث انّ انتفاء الخيار مع التبرّى مقتضى التقييد فيها بلم يتبرء اليه و لم يبيّن له، و كذا حسنة جعفر بن عيسى قال كتبت الى أبى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برء من كل عيب فيه الى ان قال فكتب عليه الثمن. فإنّه حيث يكون التبرى

فى البيع فيمن زاد أمرا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۰۸

....

عاديا حكم عليه السلام بتحقق التبرى و بسقوط الخيار به.

و مقتضى إطلاق الروايتين كإطلاق الإجماع المنقول عدم الفرق بين التبرّى بنحو الإجمال أو تعيين العيب و التبرّى عنه كما انّ مقتضى الإطلاق المزبور عدم الفرق بين العيوب الظاهرة أو العيوب الباطنة، كالمرض فى العبد و الأمة الذى يظهر أثناء السنة.

و مما ذكرنا ضعف ما حكاه ابن إدريس عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبرّى بنحو الإجمال و نسب فى المختلف عدم كفايته إلى الإسكافى كما ينسب الى صريح كلام القاضى الذى حكاه عنه فى المختلف، و لكن كلام القاضى فى جامعه موافق لما عليه المشهور من كفاية التبرى مطلقا و كيف ما كان فالأمر سهل بعد وضوح الحكم.

ثم انّ ظاهر الروايتين التبرّى عن العيب الموجود فى الشىء حال العقد فهل يصحّ أيضا التبرّى عن العيب المتجدد فى المبيع زمان ضمان البائع كالعيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان و نحوه أم فيه اشكال حيث انّ الرّوايتين المتقدمتين ظهورهما جواز التبرّى عن العيوب الموجودة حال العقد، و يبقى فى العيوب المتجددة قبل القبض عموم قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم).

لا- يقال: شرط سقوط الخيار فى العقد من الإسقاط الاعتبارى فيمكن ان يتعلّق بما يحدث مستقبلا كالخيار المترتب على العقد و حدوث عيب فى المبيع قبل قبضه أو زمان خيار الحيوان، و لكن نفوذ هذا الاسقاط يحتاج الى دليل عليه و عموم (المؤمنون عند شروطهم) لا يكون دليلا على النفوذ لانه لا بد من التمسك به و الحكم بنفوذ الشرط كون المشروط فى نفسه مشروعا بقرينة ما فى ذيل قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) الّا شرطا حرّم حلالا أو حلّل حراما و مشروعيّة إسقاط الخيار قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۰۹

[ثمّ ان البراءة فى المقام يحتمل إضافتها إلى أمور]

ثمّ ان البراءة فى المقام يحتمل إضافتها إلى أمور (۱).

حدوثه بان كان بعد العقد و قبل حدوث العيب غير محرز بل شرطه يدخل فى تحليل الحرام لانّ الحرام يعم الوضعى و استصحاب عدم سقوط الخيار بالإسقاط بعد العقد، و قبل حدوث العيب يدخل شرطه فى تحليل الحرام.

فإنّه يقال ان ضمان البائع العيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بان كان ذلك العيب ايضا موجبا لخيار العيب فهو باعتبار توسعة الشارع ضمان الصّحة إلى تحقق القبض و انقضاء زمان الخيار و إذا لم يكن للبائع ضمان بالإضافة إلى وصف الصحة المفقودة حال البيع مع تبرّيه فلا يكون ضمان له بالإضافة إلى العيب الحادث مع تبريه ايضا. فتدبّر.

(۱) التبرّى فى البيع يتصور إضافته إلى أمور: الأوّل عهدة العيب بان لا يتعهّد البائع بسلامة المبيع فلا يترتّب على ظهور العيب فيه أثر من المطالبة بالأرش أو جواز الفسخ.

و الثانى: ضمان العيب و هذا أنسب لمعنى البراءة حيث انّ البراءة ظاهرها عدم ضمان المال بالعيب المزبور فيكون وصف الصّحة مع هذا التبرّى كسائر وصف الكمال فى المبيع فى انّ تخلّفه لا يوجب الّا جواز الفسخ.

الثالث: حكم العيب أى لا- يترتب الخيار على العيب المزبور و الفرق بين الوجهين يعنى الأول و الثالث و بين الوجه الثّانى هو سقوط الأرش خاصة على الوجه الثانى بخلاف الوجهين الأول و الثالث فإنّه يسقط معهما جواز الفسخ و جواز المطالبة بالأرش.

و امّا الفرق بين الوجه الأول و الثّالث على ما ذكر السيد اليزدى (ره) انّه لا يترتب على الوجه الأول أثر على العيب حتى لو تلف المبيع بذلك العيب فلا يكون فى البيع ضمان البائع أى انحلال البيع بخلاف الوجه الثالث فإنّه يمكن ان يقال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۰

....

بأنّ تلف المبيع بالعيب المزبور يكون على البائع كتلفه قبل القبض على ما يأتى.

أقول: لم يظهر ان اسناد التبرّى إلى ضمان العيب ظاهره عدم الالتزام بالأرش خاصة فإنّه قد تقدم انّ ضمان البائع وصف الصّحة ضمان معاملى و معناه ثبوت خيار الفسخ خاصة كما فى ضمان وصف الكمال غاية الأمر انّ الشارع قد حكم بجواز أخذ الأرش و عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحالها. و امّا الفرق بين إضافة التبرّى إلى العيب أو حكم العيب فلا فرق بينهما أصلا فإنّ التبرّى عن العيب و عدم تعهّده بسلامة المبيع لا معنى له الّا عدم الالتزام بحكم العيب الذى يكون من قبيل الحق لصاحبه و قبول صاحبه المعاملة مع التبرّى المزبور إسقاط لذلك الحق على تقديره.

و ما ذكر المصنف (ره) من انّ ضمان البائع تلف المبيع بالعيب المتبرى عنه لا ينافى التبرّى عن العيب غير صحيح فإنّه ان كان التبرّى مع عدم خيار آخر للمشترى كما قرّره السيد اليزدى (قده) فلا موجب لضمان البائع أصلا لأنّه لا موجب لضمان شخص تلف مال الآخر بضمان اليد أو بضمان معاملى، بمعنى انحلال المعاملة.

و دعوى انّ ما دلّ على انّ التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له مقتضاه ثبوت الضمان فى المقام على البائع لأنّ الموضوع للضمان هو التلف فى زمان مطلق الخيار سواء كان ذلك فعليّا أو شأنيّا، و شرط سقوط خيار العيب فى البيع يوجب ارتفاع الخيار فعلا لا شأنا لا يمكن المساعدة عليه لأنّ شأنية الخيار بعد إسقاطه لا معنى له، و انّ الخيار كسائر العناوين فيما إذا كان مأخوذا فى الموضوع لحكم ظاهره فعليّته.

أضف الى ذلك ان ضمان البائع تلف المبيع زمان خيار المشترى يختص بخيارى الحيوان و الشرط و لا يعمّ خيار العيب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۱

[ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش]

اشارة

ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش (۱).

نعم إذا كان التلف بالعيب فى زمان خيار آخر كالحيوان الذى يتلف زمان خياره بالعيب المتبرى عنه فينحلّ البيع بالتلف بلا فرق بين إضافة التبرّى إلى العيب أو حكمه، فإن هذا الانحلال من أحكام خيار الحيوان لا ـ من أحكام العيب؛ و لذا لو لم يكن خيار العيب مشروعا لكان تلفه بالعيب القديم أو الجديد زمان خيار الحيوان موجبا للانحلال و ترتب الانحلال على التلف فى ذلك الزمان من قبيل الحكم الشرعى لا من الحقوق ليسقط باشتراط عدمه كما لا يخفى.

(۱) يظهر عن بعض الأصحاب سقوط جواز الفسخ و أخذ الأرش معا بأمور:

منها ما إذا زال العيب الموجود فى المبيع أو الثمن حال العقد سواء زال بعد العلم به و قبل الفسخ أو أخذ الأرش أو زال قبل العلم به و كذلك الأمر فى العيب الحادث قبل القبض و الزائل فيما بعد، و يظهر ذلك من التذكرة خصوصا فى الفرع الذى ذكره و هو ما إذا وجد المشترى فى عين العبد نكتة بياض و حدث فيها نكتة بياض آخر ثمّ زال إحداهما و قال البائع الزائل النكتة القديمة فلا ردّ و لا

أرش و قال المشتری الزائل الحادثة فلی الردّ قال الشافعی یتحالفان.

و ذکر المصنف (ره) انّ سقوط جواز الفسخ بالزوال وجیه لأنّ ظاهر ما دلّ علی جواز الفسخ بالعیب ردّه مع عیبه، فلا یعمّ ما إذا زال عیبه. و بتعبیر آخر الموضوع لجواز الردّ المعیب فلا- موضوع له بعد زوال العیب و لا یجری الاستصحاب بعد زوال العیب. و امّا أخذ الأرش فلا- بأس بالقول بجوازه ان لم یکن التفصیل خلاف الإجماع لأنّ الموضوع للأرش هو عیب المبیع حال العقد فیبقی ذلک الجواز خصوصا فیما إذا کان الزوال بعد العلم بالعیب، و علی کل تقدیر زوال العیب قد حدث فی ملک المشتری فلا یمنع عن أخذ الأرش. نعم الفرع داخل فی القاعدة التی اخترعها

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۲

[و منها: التصرّف بعد العلم بالعیب]

و منها: التصرّف بعد العلم بالعیب (۱).

الشافعی و هی انّ الزائل العائد کالذی لم یزل أو کالذی لم یعد.

أقول: لا- وجه للتفصیل بین جواز أخذ الأرش و جواز الفسخ فإنّ الأرش یثبت بالمطالبة لا بمجرّد العقد علی ما به عیب و لا بالعلم بالعیب، کما صرّح (ره) قبل ذلک بکونه تغریما. و الحاصل: ظهور ما دلّ علی جواز الفسخ و الأرش هو فسخ العقد علی ما یکون فیه العیب فعلا لوجوده حال العقد، أو قبل القبض، کما هو أخذ أرشه لهذا الاعتبار کما لا یخفی.

(۱) حکی عن ابن حمزة فی الوسیلة انّه ذکر من مسقطات جواز الردّ و أخذ الأرش تصرّف المشتری فی المبیع المعیب بعد العلم بالعیب، و لعل وجهه ان التصرف مع العلم بالعیب علامة الرضا بالمبیع المعیب فلا یکون له بعد ذلک جواز الفسخ، کما لا یکون له أخذ الأرش فإن جوازه أخذه قد ثبت فی مورد التصرف فی المبیع قبل العلم بعیبه. و أجیب عن الاستدلال المزبور بأنّ مقتضاه سقوط جواز الفسخ لا جواز أخذ الأرش لأنّ التصرف علامة الرضا بالمبیع لا بعیبه بان یسقط جواز أخذ الأرش أیضا؛ و انّما یسقط جواز أخذ الأرش بتبری البائع و تصرف المشتری لا یدلّ علیه، و دعوی اختصاص روایات الأرش بما إذا کان التصرف قبل العلم بالعیب ممنوعة فلا حظها.

أقول: ان کان التصرف غیر مغیّر للعین کما إذا رکب الفرس فلا وجه لسقوط جواز الفسخ به فیما إذا لم یقصد المشتری إظهار رضاه ببقاء البیع مع علمه بالعیب، فیجوز له الفسخ و لا یکون له أخذ الأرش لأنّ الأرش مترتب علی عدم إمکان الفسخ کما تقدم. نعم علی المشهور من کون الأرش و جواز الفسخ طرفی التخییر فیجوز کل منهما و مع قصد المشتری إظهار رضاه بإبقاء البیع و لو مع عیب المبیع یسقط جواز الفسخ لأنّ التصرّف المزبور إسقاط فعلی، و یبقی جواز أخذ الأرش

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۳

[و منها: التصرّف فی المبیع المعیب الذی لا ینقص قیمته]

و منها: التصرّف فی المبیع المعیب الذی لا ینقص قیمته (۱).

بخلاف ما کان الأرش فی طول جواز الفسخ فإنّه لا- یکون له أخذ الأرش لما ذکرنا من انّ الأرش یثبت مع عدم إمکان الفسخ بالحدث فی المبیع لا مع عدم إمکانه بإسقاط جواز الفسخ قولا أو فعلا.

و امّا إذا کان التصرّف مغیرا للعین فیسقط جواز الفسخ به و یتعیّن علیه جواز أخذ الأرش فیما إذا کان هذا التّصرّف قبل العلم بالعیب

كما تقدم سابقا.

و امّا إذا كان بعد العلم بالعيب فظاهر ابن حمزة عدم جواز أخذ الأرش لخروج الفرض عن روايات الأرش، و لكن معتبرة زرارة المتقدمة، و ان كان كما ذكره، و لكن مرسلة جميل يمكن دعوى إطلاقها كما انّ الإطلاق موجود فى بعض ما ورد فى وطء الأمة المشتراة كصحيحة عبد اللّه ابن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال (قال على عليه السلام لا ـ ترد الّتى ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها) و نحوها غيرها.

لا يقال قد ورد التقييد بوقوع الوطى قبل العلم بالعيب فى بعض الروايات فيرفع اليد بها عن الإطلاق كمعتبرة عبد الرحمن (أيما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يردّها و يردّ البائع عليه قيمة العيب.

فإنّه يقال بما انّ القيد غالبى و المشترى لا يقدم على إمساك الأمة المعيبة و يقع وطيها قبل العلم بعيبها غالبا؛ و لذا ذكره عليه السلام فى كلامه فلا يوجب رفع اليد عن الإطلاق المتقدم اللّهم الّا ان يقال ان فى التّعدى عن الأمة و وطيها الذى لا يكون غالبا عن التصرف المغير لعدم البكارة فى الإماء غالبا إلى سائر المبيع اشكالا بل منعا.

(۱) قد يقال بسقوط جواز الفسخ و أخذ الأرش فيما إذا تصرّف فى معيب لا ينقص قيمة الشيء بذلك العيب فانّ التصرف لكونه علامة الرضا يوجب سقوط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۴

[و منها: ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب]

و منها: ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب (۱).

جواز الرد و عدم ثبوت الأرش لعدم الموضوع له و يجاب عن ذلك بأنّ الأرش و ان لا يثبت فى الفرض الّا انّه لا يسقط جواز الردّ بالتصرّف لكون سقوط جوازه بالتصرّف فى الفرض ضرريا.

و ناقش المصنف (ره) فى الجواب بأنّه ان أريد بالضرر الضرر المالى فلا موضوع له و ان أريد الضرر بمعنى فقد صفة مقصودة للمشترى، فهذا الضرر قد أقدم عليه المشترى بتصرفه فى المعيب المفروض قبل الفحص عن عيبه فيكون الفرض كما إذا اشترى متاعا مع شرط وصف فيه، و ظهر عدم الوصف و رضى بالفاقد.

ثم ذكر انّه يمكن أن يقال انّه لا دليل على سقوط خيار الفسخ بالتصرّف إلّا فى مورد ثبوت الأرش و خيار التدليس. و امّا فى مورد عدم ثبوت الأرش كما فى الفرض فالأمر فيه كما فى تخلّف وصف الكمال المشترط فى عدم سقوط جواز الفسخ بالتصرّف.

أقول: لا مورد لخيار العيب فى الفرض أصلا فإنّ النقص عن الخلقة الأصليّة فيما إذا لم يوجب تفاوتا فى القيمة لا يعدّ عيبا بل الوصف المزبور ان كان مشروطا فى العقد فيكون من قبيل وصف مشروط فى العقد يوجب تخلّفه خيار الشرط و الّا فلا خيار، و مما ذكرنا يظهر الحال فيما حدث فى المعيب المفروض عيب آخر فى يد المشترى و انّه لا مورد فيه لجواز الفسخ و ان العيب الجديد قد حصل فى ملك المشترى، و ايضا قد ذكرنا فيما تقدم انّ الضرر هو النقص المالى، و لا يكون عدم الوصول الى الغرض من الضرر و انّ قاعدة نفى الضرر لا يثبت الخيار فى المعاملة فلا حاجة الى إعادته.

(۱) ذكر مما يسقط به جواز الردّ و جواز أخذ الأرش التصرف الكاشف عن الرضا ببقاء البيع فى المعاملة التى تعتبر فيها المماثلة بين العوضين لكونهما من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۵

....

الربويين كما إذا اشترى حنطة بحنطة و بعد العلم بالعيب فى الحنطة الّتى وصلت بيده تصرف فيها بالطحن فإنّه لا يكون معه جواز الفسخ، و لا جواز أخذ الأرش لأنّ إقدامه على المعاملة بين العوضين الربويين رفع اليد عن المطالبة بالمال بإزاء الوصف فيكون اشتراط السلامة فى العوضين المزبورين كاشتراط وصف الكمال فى كون تخلفه موجبا لجواز الفسخ فقط و إذا أسقط هذا الجواز بالتصرف فلا يكون له لا جواز الفسخ و لا جواز أخذ الأرش.

نعم لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب فلا يكون فيه إظهار الرضا ببقاء البيع مع عيب المال؛ و عليه فان لم يكن التصرف المزبور داخلا فى المانع الثانى فيجوز له الفسخ و الّا يكون له حكم المانع الثانى. أقول تقدم انّه مع إسقاط جواز الفسخ قولا أو فعلا لا يجوز له أخذ الأرش سواء كان العوضين من الربويّين أم لا فانّ ما دلّ على جواز أخذ الأرش يختص بما إذا كان التصرف المغيّر للعين أو حدوث الحدث فى العين قبل العلم بعيبها، و لا يعم صورة إسقاط جواز الفسخ بالإنشاء قولا أو فعلا بعد العلم بالعيب، و مع الإغماض عن ذلك فلا بأس بأخذ أرش العيب فإنّ الأرش لا يجعل المعاملة ربويّة لأنّ الأرش تغريم تثبت الزيادة بحكم الشارع لا بجعل المتعاملين لتكون ربا.

و ربّما يقال بسقوط جواز الفسخ و الأرش ما إذا حصل المانع الثانى و هو حدوث العيب الجديد فى العوضين من الربويين فإنّه بعد حدوث العيب الجديد فى المعيب لا يجوز الفسخ لعدم قيام العين بعينها و عدم جواز أخذ الأرض على العيب القديم للزوم الرّبا على ما تقدم و لا يخفى انّه بناء على ما ذكرنا فلا بأس بأخذ الأرش لأنّه حكم شرعى لا زيادة جعليّة.

و نقل المصنف (ره) وجها آخر لسقوط جواز الفسخ فى الفرض و هو انّه لو قيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۶

....

بالفسخ بالعيب القديم لكان ردّه على البائع مع العيب الجديد بلا أرش هذا العيب ضررا عليه و ردّه مع أرشه يوجب الربا، و حيث انّ لزوم الرّبا مع فسخ البيع يشبه سهو القلم لأنّ الرّبا يكون على تقدير المعاملة لا على تقدير عدمها كما هو مقتضى فسخها ذكر (قده) فى توجيه لزوم الرّبا وجهين: الأوّل انّ فى المعاملة الّتى يكون العوضان فيها من الربويين يلغى وصف الصحّة من كل منهما، فيقع أحد العوضين فى مقابل نفس العوض الآخر حتى لو كان أحدهما صحيحا و الآخر معيبا فإنّه لو وقع بعض المعيب بإزاء وصف الصحّة فى العوض الآخر بان يكون بعضه الآخر بإزاء نفس العوض الصحيح لكانت المعاملة محكومة بالفساد، و لنقصان العوض المعيب عن الصحيح كمّا؛ و على ذلك يكون أخذ البائع الأرش على العيب الجديد كاشفا عن كون بعض العوض بإزاء الصحّة التى زالت بالعيب الجديد فيكون العوض موزعا على نفس الشّىء، و وصفه؛ و لذا لا يجوز الإقالة بزيادة أو نقيصة فى الربويين، و لو مع تعيب أحدهما بعد المعاملة فى يد المقيل.

نعم يصحّ الردّ مع الأرش فى غير ربويين كما إذا اشترى شيئا بثمن و ظهر فيه عيب و تعيب الشيء عند المشترى فانّ المشترى مع فسخه البيع و لو برضاء البائع يرد عليه أرش العيب الجديد.

و التوجيه الثانى: ان الفسخ مع الأرش من تمليك أحد العوضين من جنس واحد بزيادة حيث يتملك البائع ثانيا بالفسخ ما صار الى المشترى أولا، و لأنّ الفسخ معاملة جديدة بين العوضين الربويين فتكون أخذ الأرش على العيب الجديد زيادة فى أحد العوضين.

أقول: التوجيه الثّانى ساقط من أصله فإنّ الفسخ ليست معاوضة جديدة؛ بل هو ازالة للعقد الناقل فيرجع كلّ من العوضين الى مالكه الأصلى بالسبب السابق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۷

[و منها: تأخیر الأخذ بمقتضی الخیار]

و منها: تأخیر الأخذ بمقتضی الخیار (۱).

علی ذلک العقد، و کذا الأول فإنّ وصف الصحّة لا تقابل بالمال فی المعاملة أصلا سواء کان العوضان ربویین أم لا فیکون تخلف الوصف المشترط صحة کانت أم غیرها موجبا لجواز الفسخ فقط و الأرش حکم شرعی، و لکن هذا حکم ضمان الوصف فی المعاملة. و امّا ضمان الوصف فی المقام فهو ضمان الید بمعنی الأرش سواء کان الوصف کمالا أو صحة فإنّ العیب الجدید بعد فسخ المعاملة یدخل فی ضمان الید و لا یکشف عن توزیع العوض أصلا و لو کان کاشفا فإنّما یکشف عن الضمان المعاملی بالإضافة إلیه لا بالإضافة إلی العیب القدیم.

(۱) قد یذکر من مسقطات جواز الفسخ و المطالبة بالأرش تأخیر الأخذ بمقتضی خیار الفسخ بان لا یفسخ و لا یطالب بالأرش عند العلم بالعیب قال فی الغنیة مسقطات خیار العیب التبرّی، و الرضا بالعیب و تأخیر الرد مع العلم بالعیب لأنّه علی الفور بلا خلاف ثم ذکر من المسقطات التصرّف فی المعیب و حدوث عیب آخر فیه فی یده، و قال انّه لیس مع التصرّف و حدوث العیب الفسخ بل یثبت معهما الأرش انتهی و ذکره أخذ الأرش فی التصرف و حدوث العیب دون تأخیر الردّ ظاهره إلحاق تأخیر الرد بالتبرّی و الرّضا بالعیب فی کونه مسقطا لجواز الفسخ و الأرش.

و کیف کان فالوجه فی إسقاط تأخیر الرد الخیار ظهوره مع العلم بالعیب فی الرضا بالمعاملة المفروضة و ذکر المصنف (ره) انّه علی تقدیر دلالته علی الرضا یکون المدلول عدم ارادة الفسخ لا عدم إرادته المطالبة بالأرش أیضا.

أقول: لم یظهر الفرق بین جواز الفسخ و المطالبة بالأرش، و لو کان فی التّأخیر دلالة علی عدم الإرادة فهی بالإضافة إلیهما، و مع عدم الدلالة کما هو الصحیح فلا یسقط شیء منهما.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۸

....

و قد تمسّک المصنف (ره) فی سقوط خیار العیب أی جواز الفسخ بأصالة اللزوم أی عموم وجوب الوفاء بالعقود أو استصحاب بقاء الملکین بحالهما حیث یقتصر فی الخروج عنها بالمقدار المتیقن، و قال ما حاصله ان دعوی عدم عرفان الخلاف فی جواز التأخیر، کما عن المسالک و الحدائق لا أساس لها لأنّا عرفنا الخلاف، و الحکم بکون الخیار علی الفور عن ابن زهرة و غیره و یکشف عن وجود الخلاف تعبیر العلامة فی حکمه فی المقام بالتّراخی بأنّ التراخی أقرب و مثلها دعوی عدم الخلاف فی کونه علی التراخی، کما عن الکفایة. نعم ذکر فی الرّیاض اتفاق المتأخرین کافة علی التراخی، و لکن الشهرة بین المتأخرین لا یمکن الاعتماد علیها، و لو قلنا باعتبارها من باب مطلق الظن لأنّ الشهرة فی المقام قد حصلت من الأخذ بمقتضی استصحاب بقاء الخیار حتی انّ العلامة فی حکمه بالتّراخی تمسک به و استصحاب الخیار لا یعتبر فی المقام لکون الشک فی المقتضی؛ و ما فی الکفایة من انّ جواز التأخیر مقتضی إطلاق أخبار الباب و خصوص بعضها لا یمکن المساعدة علیه فانّ الإطلاق وارد فی مقام بیان أصل الخیار لا خصوصیاته و خصوص بعضها لا نعرفه.

أقول: الإطلاق فی المقام تام و معه لا تصل النوبة إلی أصالة اللزوم و لو کان المراد بها التمسک بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فإنّه قد ذکر فی مرسلة جمیل ان کان الشیء قائما بعینه ردّه علی صاحبه فان مقتضاها ان الموضوع لجواز الفسخ بعد ظهور العیب قیام الشیء بعینه، و لو کان دخل لأمر آخر فی جواز الفسخ من عدم التأخیر فیه و نحوه لذکر فی القضیة الشرطیّة، و نحوه ما فی صحیحة میسر من قوله

علیه السلام (و ان لم یکن یعلم ان ذلک یکون فی الزیت ردّه علی صاحبه)، فالأظهر یکون الخیار فی المقام ایضا علی التراخی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۹

[قال فی المبسوط: من باع شیئا فیه عیب و لم یبیّنه فعل محظورا]

قال فی المبسوط: من باع شیئا فیه عیب و لم یبیّنه فعل محظورا (۱).

---

(۱) فی المسألة أقوال خمسة: الأوّل وجوب بیان العیب تعیینا. الثانی وجوبه تخییرا بینه و بین التبرّی. الثالث عدم وجوب شیء منهما. الرابع بیان العیب الخفی و هو الذی لا یظهر بمجرد الاختبار و الرؤیة. الخامس بیان العیب الخفی أو التبری.

و یستدل القائل بوجوب الاعلام مطلقا أو فی بعض الموارد بکون ترک الاعلام غشا، و لا یجوز غش المؤمن فی المعاملة بل و غیرها.

و ذکر المصنف (ره) انّ الأظهر فی المقام بیان العیب الخفی و هو الذی لا یظهر بالاختبار المتعارف لکون الکتمان بمعنی عدم الإظهار غشا. و امّا فی العیب الظّاهر فلا یکون مجرد عدم إظهار غشا بل الغش إظهار خلافه بحیث یعتمد علیه المشتری قولا أو فعلا، کما إذا فتح الکتاب بین یدی الأعمی مظهرا انّه یقرئه الموجب للاعتماد المشتری علیه فانّ عدم الإظهار فی الأول، و إظهار الخلاف فی الثانی غشا، ثم ذکر انّه لم یعلم عدم صدق الغش مع التبرّی لأنّ التغریر لم یحصل بمجرد عدم إظهار العیب بل لاعتماد المشتری علی أصالة السّلامة أیضا، فیکون عدم اعلامه بالعیب موجبا لاعتماد المشتری علی أصالة السلامة فالأحوط الاعلام و عدم الاکتفاء بالتبری.

أقول: الأظهر انّ مجرّد عدم الاعلام بالعیب لا یعدّ غشّا فی المعاملة سواء کان العیب خفیّا لا یظهر بمجرد الاختبار أو کان جلیّا یظهر عند البیع بالرؤیة و الاختبار المتعارف فانّ الغش أمر وجودی یقابل النصح، و هو فعل ما یوجب تلبیس الواقع و تغطیة باطن أمر المبیع لیقدّم المشتری علی شرائه و لو کان العیب ظاهرا و قصّر المشتری بعدم التدقیق فی النظر الی المبیع فعدم ذکر البائع العیب لا یعدّ غشّا، و کذا فی العیب الخفی حیث یکون الغطاء للعیب و عدم ظهوره للمشتری بمقتضی نفس العیب. نعم لو سأل المشتری فی هذا الفرض عن حال المبیع فأجاب بما یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۰

....

ظاهرا فی نفی العیب یکون الجواب المزبور غشا و لو لم یکن الجواب داخلا فی عنوان الکذب، کما إذا قصد به التوریة. لا یقال لا یکون فی هذا الفرض ایضا غشّ فإنّ المشتری مع ظهور العیب عنده یکون له جواز الفسخ فإنّه یقال الخیار لا یدفع الغشّ لا مکان ظهور العیب بعد التصرف المسقط لجواز الفسخ بل مجرّد التعب أو صرف المال فی ردّه علی بایعه کاف فی صدقه.

و قد یقال انّ ما ذکر لا یختص بالعیب الخفی و لو فعل البائع فی العیب الظاهر ما یوجب اطمینان المشتری بصحة المبیع و الإقدام علی شرائه بلا تفتیشه کفی فی صدق الغش، و لکن ذلک لا یخلو عن تأمّل.

هذا کلّه فیما إذا لم یکن العیب أو إظهار وصف الجودة فی المبیع بفعل البائع بقصد تلبیس الأمر علی المشتری و الّا یکون نفس الفعل المزبور محرما فیما إذا لم یکن الفعل المزبور ظاهرا. و فی صحیحة الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال سألته عن الرجل یکون عنده لونان من طعام سعرهما بشیء و أحدهما أجود من الآخر فیخلطهما جمیعا، ثم یبیعهما بسعر واحد فقال لا یصلح أن یغشّ المسلمین حتی یبیّنه، فان هذه تحمل علی صورة التغطیة بقرینة صحیحة محمد بن مسلم انّه سئل عن الطعام یخلط بعضه ببعض قال إذا

رؤيا جميعا فلا- بأس ما لم يغطّ الجيد الردى، و لو نوقش فى دلالة لا يصلح على الحرمة فيما ذكرنا كفى فى إثبات حرمة الفعل المزبور فى العيب الخفى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال نهى النبى (ص) ان يشاب اللبن بالماء للبيع.

ثمّ ان حرمة الغش فى المعاملة فيما إذا لم يكن يخلط الشيء بغيره لا- توجب فساد المعاملة لتعلّق النهى بالعنوان الخارج عن نفس المعاملة و على تقدير انطباق العنوان على نفس المعاملة فلا يوجب النهى عنها فسادها. و امّا إذا كان الغش بالاختلاط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۱

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

[الأول و هو تارة فى موجب الخيار]

اشارة

و هو تارة فى موجب الخيار (۱).

فان كان الخلط بحيث يستهلك الشيء فى المبيع كشوب اللبن بالماء يصحّ البيع سواء كان ذلك الشيء مالا أو غيره، و لكن يثبت الخيار للعيب مع عدم التبرّى.

و امّا إذا لم يستهلك فان خرجا الى موجود ثالث يحكم ببطلان البيع لعدم تحقق للمبيع خارجا. و امّا إذا لم يخرج الى ثالث و لم يستهلك فى البيع يصحّ بالإضافة الى ما ينطبق عليه عنوان المبيع، و يبطل بالإضافة إلى الآخر و لا يضرّ مع الانحلال الجهل بمقدار المبيع مع العلم بمقدار الجملة فإنّ الجهل بالمقدار فى المبيع الانحلالى لا يضرّ كما إذا باع شيئين موزونين بصفقة بوزن الجملة و ظهر أحدهما ملك الغير.

(۱) اختلاف المتعاملين فى موجب الخيار تارة و فى مسقطة أخرى و فى الفسخ ثالثة.

امّا الأوّل ففيه فروض فإنّه ان كان الاختلاف فى عيب المبيع و سلامته بان ادّعى المشترى انّه معيب و قال البائع لا يكون فيه عيب و فرض تعذر اختباره لتلفه عند المشترى أو غيره فيقدّم قول البائع لأنّ المشترى يدّعى استحقاق المطالبة بالأرش و البائع ينكره فيحلف مع عدم البيّنة للمشترى على عدم العيب أو عدم حقّ الأرش له عليه.

ذكر السيد اليزدى (قده) انّه لو كانت الحالة السابقة فى المبيع هو العيب يستصحب العيب فيكون القول قول المشترى فمع عدم البيّنة للبائع على الزوال يحلف المشترى على عدم زواله.

أقول: الأظهر انّه يحكم فى الفرض ايضا بكون المشترى مدّعيا لانّ الموضوع لأخذ الأرش ليس بيع الشيء مع عيب ذلك الشيء فى ذلك الزمان، بل بيع الشيء حال وجود العيب فيه، كما هو ظاهر قول أبى جعفر عليه السلام فى معتبرة زرارة (أيّما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار) حيث انّ قوله و به عيب و عوار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۲

....

الحالية لا الاجتماع بواقعة نظير ما ذكروا من انّه لو ركع و شك فى انّه أدرك الإمام فى ركوعه أم لا بان احتمل رفع الإمام رأسه عن الركوع قبل وصوله الى حد الركوع فإنّه يحكم ببطلان صلاته أو جماعته فانّ استصحاب ركوع الإمام فى زمان وصل فيه حد الركوع

لا یثبت رکوعه حال کون الإمام راکعا.

و لو أحرز تحقق نقص فی المبیع و اختلفا فی کونه عیبا لنقص القیمهٔ أم لا و لم یحرز حال ذلک الأمر لعدم إمکان الرجوع الی أهل الخبرهٔ لفقده فإنّه فی الفرض ایضا یکون مقتضی الأصل عدم ثبوت حق الأرش للمشتری فیحلف البائع علی نفیه و هذا بالإضافهٔ إلی الأرش.

و امّا بالإضافهٔ إلی جواز الفسخ فمع الاتفاق علی کون الأمر الموجود نقصا بحسب أصل الشیء کما هو الفرض یکون للمشتری جواز الردّ، و لا- یخفی انّ هذا مبنیّ علی کون النقص غیر الموجب لنقص القیمهٔ عیبا یوجب جواز الفسخ و الّا فمقتضی تقدیم قول البائع عدم ثبوت جواز الفسخ ایضا.

و لو أحرز العیب فی المبیع فعلا- و اختلفا فی حدوثه فقال المشتری انّه کان عند البیع أو قبل وصوله الی یده فله خیار العیب، و قال البائع لم یکن حال البیع أو قبل وصوله الی یده فلا- خیار للمشتری فإنّه یقدم ایضا قول البائع من غیر فرق بین العلم بزمان حدوث العیب و عدمه و ذلک فإنّه لو علم زمان حدوث العیب لا یکون استصحاب عدم البیع الی ذلک الزمان مفیدا فی جریان البیع علیه مع العیب.

و ذکر ابن الجنید فی فرض اختلافهما فی تقدم العیب و تأخره انّه یقدم قول المشتری فیحلف علی عدم حدوثه عنده لأنّ الأصل عدم وصول المبیع إلی المشتری سالما و عدم استحقاق البائع الثمن کلّه، و فیه ان استحقاق البائع الثمن بکله محرز لأنّ الأرش لیس جزءا منه و وصول المبیع إلی المشتری محرز و عدم وصوله سالما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۳

....

لا یثبت جریان البیع علی المعیب أو حدوثه فی ضمان البائع نظیر ما تقدم فی مسألهٔ الاختلاف فی تغیر المبیع. و الحاصل: انّه یحکم فی الفرض بتقدیم قول البائع، و هذا فیما لم تشهد القرینهٔ علی عدم حدوث العیب فی ید المشتری، و الّا فیحکم بمقتضی القرینهٔ، و هذا لیس من تقدیم قول المشتری لیحلف علی عدم حدوثه عنده، بل من حکم الحاکم فی الواقعهٔ بعلمه الحاصل من القرینهٔ فإنّه مع علمه لا مجال لبیّنهٔ المدعی و لا لحلف المنکر کما لا یخفی.

قال فی التذکرهٔ لو أقام أحدهما البیّنهٔ علی مدعاه بان تشهد بیّهٔ المشتری بوجود العیب حال البیع و بیّهٔ البائع بحدوثه عند المشتری فیعمل ببینهٔ المشتری لأنّ بینهٔ البائع لا اعتبار بها مع بینهٔ المشتری لأنّ المشتری هو المدّعی و لا یطلب من المنکر إلّا الحلف و لا تسمع منه البیّنهٔ؛ و امّا سماع بیّنهٔ البائع مع عدم البیّنهٔ للمشتری فهو مبنیّ علی قیام بیّنهٔ المنکر مقام حلفه.

أقول: المنسوب الی المشهور عدم الاعتبار ببیّنهٔ النفی و انّه لا تسمع بیّنهٔ المنکر و لا یسقط بها الحلف علیه و یستدلّ علی ذلک بقوله صلوات اللّه علیه البیّنهٔ علی من ادّعی و الیمین علی من ادعی علیه، أو علی من أنکر حیث انّ التفصیل یقطع الشرکهٔ.

و یدلّ علی ذلک أیضا روایهٔ منصور الّتی رواها الشیخ بإسناده عن محمد بن الحسن الصفّار عن إبراهیم بن هاشم عن محمد بن حفص عنه عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث تعارض البیّنتین فی شاهٔ فی ید رجل قال قال أبو عبد اللّه علیه السلام حقّها للمدّعی و لا أقبل من الذی فی یده بیّنهٔ لأنّ اللّه عزّ و جلّ إنّما أمر أن تطلب البیّنهٔ من المدّعی، فان کانت له بیّنهٔ و الّا فیمین الذی هو فی یده هکذا أمر اللّه عزّ و جلّ، و لکن الروایهٔ ضعیفهٔ سندا، لانّ محمد بن حفص مجهول، و احتمال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۴

....

کونه ابن العمری الّذی کان وکیل النّاحیة، و کان الأمر یدور علیه، کما هو ظاهر جامع الرّواة، و کان من أصحاب العسکری علیه السلام بعید غایته لأنّ روایة إبراهیم بن هاشم الذی لقی الرضا علیه السلام و أدرک الجواد علیه السلام عنه و روایته عن منصور الّذی من أصحاب الصادق علیه السلام لا یمکن عادة مع ان فی کون منصور هو منصور بن حازم أو منصور ابن یونس تأملا، و ان لا یبعد ذلک باعتبار کونه صاحب الکتاب و المشهور من أصحاب أبی عبد اللّه (ع).

و دعوی انجبار ضعفها بعمل المشهور لا یمکن المساعدة علیها، لانّ استناد المشهور الی هذه الروایة دون قوله صلوات اللّه علیه (البیّنة للمدعی و الیمین علی من أنکر) غیر محرز، کما انّه لم یحرز أصل الشهرة فی الحکم المزبور.

و عن العلامة و الشهید بل لا یبعد دعوی الشهرة بین متأخّری المتأخرین سماع بیّنة المنکر و انّه لا حلف علی المنکر معها و ما تقدم من قوله صلوات اللّه علیه لا ـ دلالة له علی عدم السماع بل ظاهر التفصیل انّه لا ـ یطالب المنکر بالبیّنة، بل یطالب بالحلف بخلاف المدّعی فإنّه یطالب فی إثبات دعواه بالبیّنة لا انّ البیّنة فیما إذا أقامها المنکر لا تعتبر، بل مقتضی إطلاق دلیل اعتبار البیّنة سماعها و لو من المنکر کما یدلّ علیه أیضا روایة ضمرة بن أبی ضمرة عن أبیه عن جدّه قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام (انّ أحکام المسلمین علی ثلاثة شهادة عادلة أو یمین قاطعة أو سنّة ماضیة من أئمة الهدی)، و لکن الروایة ضعیفة سندا. و مثلها مرسلة ابن عثمان عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی کتاب علی علیه السلام ان نبیّا من الأنبیاء شکی الی ربّه القضاء فقال (کیف أقضی بما لم تر عینی و لم تسمع اذنی؟

فقال اقض علیهم بالبیّنات و أضفهم إلی اسمی یحلفون به).

أقول: لا یمکن الاستناد فی الحکم بسماع بیّنة المنکر إلی شیء من ذلک فإنّه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۵

....

قوله صلّی اللّه علیه و آله (إنّما أقضی بینکم بالبیّنات و الأیمان مع الانضمام بقوله صلی اللّه علیه و آله (البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من أنکر) انّ المدرک للقضاء ینحصر ببیّنة المدّعی و یمین المدّعی علیه، و انّ المنکر لا یطالب بالبیّنة بل یطالب بالیمین و لو مع البیّنة له.

و بتعبیر آخر کما انّ مقتضی ملاحظتهما عدم کفایة یمین المدعی علی دعواه فی الحکم کذلک لا ـ یکون بیّنة المنکر کافیا فی الحکم.

و دعوی انّ ذلک مقتضی إطلاق دلیل اعتبار البیّنة، و انّ البیّنة من المنکر لا یقاس بیمین المدّعی فانّ الیمین فی نفسه لا تعتبر بخلاف البیّنة لا ـ یمکن المساعدة علیها، فانّ مقتضی اعتبار البیّنة أنّه یحرز بها الواقع فیجوز ترتیب آثار الواقع معها سواء کان الواقع نفیا أو إثباتا، کما إذا شهدت البیّنة للمرأة علی عدم کونها ذات بعل، أو فی العدة فیجوز للرجل تزویجها و لو مع کونها متهمة لا تعتبر قولها. و امّا جواز القضاء و سقوط دعوی الآخر علیها بأنّها زوجته بحیث یترتب علی القضاء نفوذه فیمکن أن یؤخذ فی موضوع جواز القضاء الإحراز الخاص أو أمرا آخر لا یکون إحرازا أصلا کیمین المنکر فإطلاق اعتبار البیّنة بحیث تعمّ البیّنة علی النّفی لا ینافی عدم جواز القضاء بها فی مقام الترافع کما هو مقتضی قوله صلوات اللّه علیه (انّما أقضی بینکم بالبیّنات و الأیمان و انّ البیّنة علی المدعی و الیمین علی من أنکر).

و بذلک یرفع الید عن مقتضی الإطلاق فی روایة ضمرة و انّه کما لا تکون یمین المدّعی علی دعواه من الیمین القاطعة فی مقام الدعوی کذلک لا تکون بیّنة المنکر شهادة عادلة فی مقام المخاصمة بأن یقطع المخاصمة بها، و کذا الحال فی مرسلة ابن عثمان کما لا یخفی.

و ربّما يستدلّ على جواز القضاء ببيّنة المنكر و عدم الحلف عليه معها بروايات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۶

....

منها معتبرة حفص ابن غياث عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال له رجل إذا رأيت شيئا فى يدى رجل يجوز لى ان أشهد انّه له قال (نعم) قال الرجل أشهد انّه فى يده و لا أشهد انه له فلعلّه لغيره فقال أبو عبد اللّه عليه السلام (أ فيحلّ الشراء منه؟) قال نعم فقال أبو عبد اللّه عليه السلام (فلعلّه لغيره؟ فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه؟، و لا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله إليك، ثم قال أبو عبد اللّه عليه السلام لو لم يجز هذا لم يبق للمسلمين سوق.

و لكن يخفى انّ المراد بالشهادة فيها نسبة ملك الشيء إلى ذى اليد، و لذا ذكر سلام اللّه فى مقام النقض بنسبة الملك الى نفسه بعد الشراء من ذى اليد، و ليس المراد الشهادة فى مقام الترافع، و على تقدير الإطلاق و دلالته على جواز الشهادة فى مقام الترافع فليس مقتضى ذلك الاكتفاء به عن الحلف على المنكر، كما سنبيّن وجهه فى تعارض بيّنة المنكر مع المدّعى.

و منها صحيحة حمّاد بن عثمان قال بينما موسى ابن عيسى فى داره التى فى المسعى يشرف على المسعى إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السلام مقبلا من المروة على بغلة فأمر ابن هيّاج رجلا من همدان منقطعا اليه ان يتعلّق بلجامه و يدّعى البغلة فأتاه فتعلّق باللجام و ادّعى البغلة فثنّى أبو الحسن عليه السلام رجله و نزل عنها و قال لغلمانه (خذوا سرجها و ادفعوا اليه) فقال السرج أيضا لى فقال (كذبت عندنا البيّنة بأنّه سرج محمد بن على، و امّا البغلة فإنا اشترينا منذ قريب) و أنت أعلم و ما قلت حيث لو لم تكن بيّنة المنكر معتبرة لما كان لقوله عليه السلام و عندنا البيّنة بأنّه سرج محمد بن على، و فيه انّ المراد بالبيّنة ما يوضح الأمر كما هو معناه اللغوى بقرينة قوله (ع)؛ و امّا البغلة فإنّا اشتريناها منذ قريب، و أنت أعلم،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۷

....

و ما قلت.

و الحاصل: انّ مراده عليه السلام بأنّا لا نحتمل صدقك بالإضافة إلى السرج لا انّه ليس عندنا بالبيّنة المعتبرة فى مقام القضاء بالإضافة إلى شراء البغلة، كما لا يخفى.

و منها: ما ورد فى قضية أمر الفدك بسند صحيح رواه فى الوسائل فى باب الشهادة بالملكية باليد من احتجاجه عليه السلام فى الجواب عن قول الأول هذا فيء للمسلمين، فإن أقامت شهودا ان رسول اللّه جعله لها و الّا فلا حقّ لها فيه بقوله عليه السلام (يا أبا بكر تحكم فينا بخلاف حكم اللّه فى المسلمين قال لا قال فان كان فى يد المسلمين شيء يملكونه ثم ادعيت أنا فيه من تسأل البيّنة قال إيّاك اسئل البيّنة قال فما بال فاطمة سئلتها البيّنة على ما فى يديها، و قد ملكته فى حيوة الرسول (ص) و بعده و لم تسئل المسلمين بيّنة على ما ادّعوها شهودا كما سئلتنى على ما ادّعيت عليهم فسكت أبو بكر فقال عمر يا على دعنا من كلامك فانّا لا نقوى على حجّتك فان أتيت بشهود عدول و الّا فهو فيء للمسلمين لا حق لك و لا لفاطمة فيه و وجه الاستدلال انه لو لم تعتبر بيّنة المنكر لكان أنسب بالاحتجاج على أبى بكر ذكر انّ بينة فاطمة عليها السلام لا تفيد شيئا فمطالبتها بها لغو لا انّها بلا موجب.

أقول: الاستدلال عجيب فإنهم لم يكونوا يعرفون أو يقبلون بأنّ المطلوب بالبيّنة من يدّعى على ذى اليد فقط و انّ ذى اليد لا يطالب بالبيّنة فكيف الظنّ بعرفانهم أو قبولهم بان بيّنة ذى اليد لا تقطع المخاصمة هذا مع انّ عدم كفاية بينة المنكر عن الحلف لا يلازم لغويتها كما سنبيّن إنشاء اللّه تعالى. و الحاصل انّ احتجاجه عليه السلام كان مبتيّا على أمر يعد من الأوليات فى باب القضاء.

و منها موثقة إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام انّ رجلين اختصما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۸

....

الى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى أيديهما الى ان قال قيل فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البيّنة قال اقضى بها للحالف الّذى هو فى يده و وجه الاستدلال انّه لو لم تكن بينة المنكر مسموعة لتعيّن الحكم بملكية غير ذى اليد لان بيّنته بينة المدعى و لا عبرة معها لا بالبيّنة المنكر و لا بالحلف و نحوها موثقة غياث ابن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام انّ أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة و كلاهما أقاما البيّنة أنه أنتجها فقضى بها للذى فى يده و قال لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين.

أقول: الظاهر و اللّه العالم لا دلالة فى الروايتين على ما ذكر من جواز القضاء ببيّنة المنكر و عدم الحاجة معها الى حلفه و ذلك لما أشرنا إليه سابقا من انّ عدم اعتبار بيّنة المنكر بالإضافة إلى القضاء فقط لا انّه لا يحرز بها الواقع فانّ مقتضى دليل اعتبار البيّنة عدم الفرق بين كونها قائمة على ثبوت الواقع أو نفيه و على ذلك فمع معارضة بينة المدعى مع بينة المنكر يتساقطان عن الاعتبار على ما هو المقرر من الأصل فى تعارض الأمارات و لا يصحّ القضاء فى الفرض ببيّنة المدّعى لأنّ ظاهر قوله صلى اللّه عليه و آله (إنّما أقضى بينكم بالبيّنات) المعتبرة منها و كذلك قوله عليه السلام البيّنة على من ادّعى.

و على ذلك ففيما إذا كان المال فى يد أحد و ادّعاه الآخر، و اقام على دعواه بيّنة و كان لذى اليد بينة على انّها له كان مدلولهما متناقضين لا يمكن الحكم بثبوت الدعوى بالبيّنة المزبورة و تصل النوبة إلى حلف المنكر و موثقة إسحاق بن عمار توافق هذه القاعدة حيث ذكر سلام اللّه عليه فيها أقضى بها للحالف الّذى هى فى يده.

و كذلك موثقة غياث حيث ذكر فيها قضى بها للذى فى يده بعد تقييد إطلاقها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۹

و إذا حلف فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب (۱).

بما فى الموثقة من كون القضاء بالحلف و ظاهر الروايتين حكاية واقعة واحدة و الاختلاف بينهما فى النقل بالإطلاق و التقييد أى ذكر القيد فى أحدهما و عدم ذكره فى الآخر. و الحاصل: ما ذكرنا من سقوط بيّنة المدّعى مع البيّنة على خلافها سواء كانت تلك البيّنة للمنكر أو لآخر و لا يتمّ معها ملاك الحكم بالبيّنة و تصل النوبة إلى حلف المنكر هو الأصل فكلّ مورد ثبت فيه بالنصّ خلاف ذلك نأخذ فيه بالنصّ الوارد فيه و نرفع اليد عن القاعدة المشار إليها و فى غير يؤخذ بها.

و مما ذكرنا انّه لا يتم ما ذكره العلامة فى اختلاف البائع و المشترى فى تقدم العيب و تأخره من انّه لو قام أحدهما بيّنة يؤخذ بها فإنّه لا يكفى هذه البينة فيما إذا أقامها البائع و لا يسقط دعوى المشترى إلّا بالحلف على عدم تقدم العيب، و كذا ما ذكره من انّه لو أقام كل منهما بينة تؤخذ ببينة المشترى فإنه قد تقدم ان بيّنة المدعى فى الفرض لا يصلح ملاكا للقضاء بل يتعيّن فى الفرض القضاء بحلف البائع على عدم تقدم العيب و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) قد ذكرنا فى بحث القضاء انّه يعتبر فى حلف المنكر حلفه على نفى ما يدّعيه خصمه و هذا يصدق بالحلف على نفى مصبّ الدّعوى أو نفى ما يترتّب على ذلك المصبّ؛ و لذا يكفى فى الحلف على نفى دعوى الافتراض الحلف على انّه لا تشتغل له ذمّته. نعم يعتبر فى الحلف العلم بالنفى على ما نطقت به الرّوايات من انّه لا يقع اليمين الّا على العلم، و عليه فان اختبر البائع المبيع قبل بيعه يمكنه الحلف على نفى العيب حال البيع و يكون العلم الحاصل بالاختبار كالعلم بالعدالة و الإعسار الحاصل بالمصاحبة الموجبة للاطلاع بهما، و هل يجوز الحلف على النفى مع عدم الاختبار اعتمادا على استصحاب عدم البيع المزبور حال العيب أو استصحاب

عدم ثبوت جواز الفسخ و حق الأرش لخصمه و لو بنحو السالبة بانتفاء الموضوع كما يجوز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۰

[فرع لو باع الوكيل فوجد به المشترى]

لو باع الوكيل فوجد به المشترى (۱).

الحلف على طهارة المبيع أو بقاء الزوجية و الملكيّة اعتمادا على الأصل و قاعدة الطهارة ذكرنا فى بحث القضاء لا بأس بالحلف على النفى و لو بالاعتماد على الأصل فيما كان مفاد دليل اعتباره التعبد بالعلم بالواقع.

و ما عن المصنف (ره) من دعوى الفرق بين الحلف على الطهارة و الزوجيّة و الملكية، حيث يجوز الحلف فيها بالاعتماد الى الحكم الظاهرى دون المقام تحكّم إلّا إذا قيل بعدم اعتبار الاستصحاب فى العدم الأزلى، و ان ذلك الاستصحاب لا يثبت السالبة بانتفاء المحمول الموضوع للحكم على الفرض، و كذا ما يظهر منه (ره) من عدم الفرق بين الشهادة بشىء و الحلف عليه ضعيف غايته فانّ المعتبر فى الشّهادة الأخبار بالواقعة عن حسّ بها بخلاف الحلف فانّ المعتبر فيه مطلق العلم.

و أيضا ذكرنا فى بحث القضاء انّه لا يحلف على نفى العلم إلّا فى مورد دعوى العلم عليه و مع الحلف على نفى العلم بالواقعة تسقط دعوى العلم بها لا دعوى نفس الواقعة و إذا أجاب الخصم بأنّى لا أدرى و لم يدّعى المدعى علمه يوقف الحكم لا انّه تردّ اليمين على المدعى كما هو ظاهر المصنف (ره) حيث جعل الردّ أوفق بالقاعدة.

(۱) ذكر فى المقام فرعا و هو ما إذا باع الوكيل متاعا و وجد مشتريه فى ذلك المتاع عيبا و ادّعى انّ العيب كان حال البيع فإنّه لو اعترف المشترى بالوكالة يكون طرف المخاصمة هو الموكّل لأنّ وكالة الوكيل قد انتهت بتحقّق البيع المنتسب الى مالك المتاع بالوكالة و الضمان بأوصاف المبيع بالضمان المعاملى على المالك؛ و لذا لو اعترف الوكيل بعيب المتاع حال البيع فلا ينفع فى ثبوت الخيار أو الأرش للمشترى لأنّ اعتراف الوكيل إقرار على الغير لا على نفسه، و عليه فان اعترف الموكّل بتقدّم العيب و خيار المشترى فهو و الّا يحلف على نفى التقدم.

و لا وجه لما يقال من انّ اعتراف الوكيل ينفذ على الموكّل لا بما هو اعتراف على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۱

....

الغير بل لقاعدة سماع قول ذى اليد أو من ملك شيئا ملك الإقرار به، و ذلك فانّ قول ذى اليد لا يعتبر بعد انقضاء اليد الّا مع الوثوق بل فى حال اليد أيضا فى غير الطهارة و النجاسة، و نحوهما، و قاعدة من ملك شيئا لا تعمّ حال زوال الملك مع انّ السماع يختصّ بسماع التصرّف لا بسماع خصوصية العين كما لا يخفى.

و امّا إذا لم يعترف المشترى بالوكالة و لم يكن للبائع البيّنة يكون طرف المخاصمة معه هو الوكيل فان اعترف بسبق العيب فقد تقدم انّه لا ينفذ فى حقّ المالك غاية الأمر يكون اعترافه هذا دعوى بالإضافة إلى موكّله بتحمّله الظلامة عنه و لو حلف المالك على عدم تقدم العيب أو قال لا أدرى يكون المتحمل للظّلامة هو الوكيل.

و إذا أنكر الوكيل تقدم العيب فيمكن له الحلف على نفى تقدم العيب أو على نفى خيار المشترى، و لا يقال انّ هذا الحلف حلف على مال المالك، فيكون من الحلف عن الغير فلا تسمع فإنّه يقال فان حلفه على نفى خيار المشترى من الحلف على دفع الظلامة المتوجّهة اليه مع انّا قد ذكرنا فى بحث القضاء جواز الحلف عن المنكر و لو كان ذلك من الحلف على أمر الغير فيما إذا كان ذلك

بالولاية أو الوكالة.

و لو لم يحلف الوكيل فى الفرض و ردّه على المشترى فحلف على تقدم العيب يثبت الخيار له و هل هذا الحلف الذى من اليمين المردودة بمنزلة اعتراف المنكر فتقع الظلامة على الوكيل أو انّه كبيّنة المدّعى و هو المشترى فى المقام فينفذ فى حق مالك المتاع و يتعين عليه تحمل الظّلامة فمبنى على الخلاف فى انّ اليمين المردودة على المدعى بمنزلة إقرار المنكر أو انّه كبيّنة المدعى؛ و قد ذكرنا فى بحث القضاء انها ليست من البيّنة، و لا من الاعتراف بل هو ملاك آخر.

و بتعبير آخر كما انّ اعتراف المدعى عليه فى نفسه ملاك الحكم و لا يدخل فى قوله (ص) البيّنة على من ادّعى و اليمين على من أنكر و قوله (ص) إنّما أقضى بينكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۲

....

بالبيّنات و الايمان و كذلك الحكم باليمين المردودة فإنّ الحكم بها يستفاد مما دلّ على ردّ اليمين على المدعى بردّ المنكر أو بنكوله.

و قد يقال انّه لو قيل بأنّ اليمين المردودة كالبيّنة فلا يجوز ايضا للوكيل مطالبة الظّلامة عن المالك لاعترافه يكذب البيّنة الّتى أقامها المدعى بعنوان اليمين المردودة؛ اللهمّ الّا ان يكون اعتراف الوكيل بعدم سبق العيب مستندا الى الأصل فلا مورد للأصل المزبور مع البيّنة على خلافه، و لو كانت اليمين المردودة كبيّنة المدّعى تكون نافذة فى حق المالك ايضا و انّما لا تنفذ فيما إذا كان إنكار الوكيل السبق جزميّا؛ و يجاب عن الإشكال بأنّ ذلك مبنى على كون اليمين المردودة كبيّنة الرّاد فى انّها تسقط الحلف عنه فقط. و امّا إذا قيل بأنّها كبيّنة المدعى فتنفذ فى حق المالك.

أقول: قد ذكرنا انّ اليمين المردودة ليست كالبيّنة لا من الرادّ و لا من المدّعى.

فلا تنفذ تلك اليمين إلّا فى حقّ الوكيل. نعم إذا أقام المشترى فى الفرض البيّنة على العيب فى المبيع حال العقد تثبت بتلك البيّنة على المالك تحمل الظّلامة فيما إذا كان الوكيل غير منكر تلك البيّنة بأن كان جوابه للمشترى بلا أدرى أو بإنكار سبق العيب اعتمادا للأصل فانّ مع تلك البيّنة لا مورد للأصل فيمكن إثبات دعواه على المالك بتحمل الظّلامة بتلك البيّنة.

لا يقال هذا كلّه أى دعوى المشترى على الوكيل بسبق العيب فيما إذا اعتقد بأنّه البائع بالأصالة. و امّا إذا لم يكن المشترى جازما بأنّه البائع بالأصالة فكيف يدّعى الأرش أو الفسخ على البائع فإنّه يقال يكفى فى دعوى المشترى على الوكيل الأخذ بظهور الفعل فى الأصالة، كما هو الحال فى كل مورد كانت الدعوى أو الإنكار للاعتماد على الحجّة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۳

[الرابعة لو ردّ سلعة بالعيب فأنكر البائع]

لو ردّ سلعة بالعيب فأنكر البائع (۱).

---

(۱) لو ردّ متاعا معيبا على البائع بدعوى انّه سلعته الّتى شراها منه و انّها كانت معيبة عند الشراء و أنكر البائع عيب متاعه، و ان المردود عليه ليس بسلعته فيحلف البائع على نفى الخيار للمشترى مع عدم البيّنة له، و ذلك لمطابقة قول البائع مع أصالة عدم الخيار للمشترى و عدم جريان بيعه على المتاع المزبور سواء قصد المشترى فسخ الشراء بالردّ المزبور أو بغيره؛ و هذا فيما لم يعترف البائع بثبوت الخيار للمشترى كما ذكرنا.

و امّا إذا اتّفقا على الخيار للمشترى فقد يقال بأنّ المشترى يحلف على كون المردود هى السلعة التى شراها منه، كما عن العلامة فى التذكرة و القواعد، و ذكر فى الإيضاح فى وجه ذلك بأنّ اختلافهما فى أمرين أحدهما خيانة المشترى فى دعواه كون المردود هى السلعة المبيعة و الأصل عدم الخيانة؛ و ثانيهما سقوط خيار المشترى و الأصل بقاؤه.

و أورد المصنف (ره) على الاستدلال بأنّ مقتضى استصحاب الخيار نفوذ فسخ المشترى لا تعيين المردود هى السلعة التى جرى عليها البيع، و إثبات كونه هى السلعة المبيعة بأصالة عدم الخيانة غير صحيح لانّ مع جريان أصالة عدم جريان المبيع على المردود يثبت الخيانة بهذا المعنى و الّا تكون أصالة عدم الخيانة مثبتة لكون المبيع هو المردود حتى مع عدم اعتراف البائع بالخيار للمشترى كما فى الفرض الأول مع انّهم قد ذكروا فيه حلف البائع على نفى الخيار و نفى كون المردود سلعته.

لا- يقال لا- يقاس الفرض السابق بالفرض الثانى لأنّ أصالة عدم الخيار للمشترى و عدم حدوث العيب فى المبيع حال البيع و صحّة إقباض البائع فى الفرض الأوّل كانت مقتضاها تقديم قول البائع بخلاف الفرض الثانى مما لا مجال فيه لشىء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۴

[الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

[الأولى لو اختلفا فى علم المشترى]

لو اختلفا فى علم المشترى (۱).

مما ذكر لا-عتراف البائع بخيار المشترى فإنه يقال أصالة عدم الخيانة من قبيل ظهور الحال كأصالة الصحة التى لا- مجال معها للاستصحاب. و امّا صحة الإقباض فلا معنى لها لأنّ المقبوض كان ملك المشترى سواء كان البيع لازما أو خياريّا و لزوم القبض عبارة أخرى عن عدم الخيار للمشترى فى فسخ البيع.

أقول: و تقريب عدم الفرق بين الفرضين انّ أصالة عدم الخيانة يطلق على معنيين أحدهما عدم نسبة الحرام إلى المشترى المدعى و أصالة عدم الخيانة بهذا المعنى يشترك فيها الفرضان، و لكن لا تثبت كون المردود هى السلعة المبيعة لإمكان كون دعوى المشترى للخطإ و الغفلة. و ثانيهما قبول الرّاد بان يبنى على ان ملك البائع هى العين المردودة و هذا لا يجرى فى شىء من الفرضين بل يختص بموارد قول الأمين خاصة أخذا بما دلّ على عدم جواز اتهام الأمين و الأخذ بقبول المؤتمن و قوله سبحانه مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، و لا يعمّ المقام فإنّ السلعة المبيعة كانت بيد المشترى بيد ملك، و بعد الفسخ على تقديره يد ضمان فأين يد الأمانة و دعوى كونها شبيهة بيد الأمانة لم يعلم لها وجه.

و على ذلك فان كان الخيار المتفق عليه خيار العيب فلا- ينفذ فسخ المشترى إلّا بعد إثبات كون المردود هو المبيع، و الّا يحقّ له المطالبة بالأرش فقط، و ان كان غيره مما لا يسقط بتلف العين فيجوز له الفسخ و إعطاء البدل عن المبيع كما لا يخفى.

(۱) لاختلاف المتبايعين فى مسقط الخيار صور: الأولى ما إذا اختلفا فى علم المشترى بالعيب عند الشراء فإنّ المأخوذ فى موضوع الخيار عدم تبيّن العيب للمشترى عند الشراء و قد ذكر سلام اللّه عليه فى معتبرة زرارة (أيّما رجل اشترى ما به عيب و عوار لم يتبرّء اليه، و لم يتبيّن له) الحديث؛ و إذا قال البائع ان المشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۵

....

كان عالما بالعيب عند الشراء فلا خيار له، و قال المشترى كنت جاهلا فلى الخيار فيطابق قول المشترى مع استصحاب عدم تبيّن عواره

و عيبه له و يثبت له الخيار.

الثانية: ما إذا اختلفا فى زوال العيب الى زمان علم المشترى به فقال المشترى انّه قد علم العيب السابق قبل زواله فلى الخيار، و قال البائع انّه كان زائلا عنده فليس لك خيار فانّ المفروض علم المشترى بالعيب السابق و مقتضى الاستصحاب وجود ذلك العيب زمان علمه بالعيب السابق فيتمّ موضوع الخيار فيكون قول المشترى مطابقا للاستصحاب، فيحلف على وجود العيب السابق زمان علمه.

لا يقال: يعارض هذا الاستصحاب استصحاب عدم العلم الى زمان زوال العيب فان زواله محرز بالوجدان و مقتضى الأصل عدم هذا العلم الى ذلك الزمان فيتمّ موضوع سقوط الخيار، و هو عدم العلم به مع زواله فإنّه يقال لو سلم المعارضة تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الخيار بناء على انّ زوال العيب مع عدم العلم به مسقط له، كما هو الفرض. نعم لو قيل بأنّ الموضوع للخيار حصول العلم بالعيب حال عيب الشيء نظير ما تقدم فى درك الجماعة بأن يركع الشخص حال ركوع الإمام فالأصل عدم حصول العلم حال عيب الشيء فيكون قول البائع مطابقا للأصل فيحلف على النفى.

أقول: قد ذكرنا انّ مع زوال العيب لا يكون فى البين جواز الردّ و لا جواز أخذ الأرش لأنّ ظاهر المرسلة جواز الفسخ مع ردّ المعيب فلا ينفذ مع عدم كون المردود معيبا و هذا ايضا ظاهر كلام التذكرة؛ قال لو كان المبيع معيبا عند البائع و قد زال عيبه فلا ردّ لعدم موجبه و سبق العيب لا يوجب خيارا، كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده سقط الردّ انتهى. و مقتضى ما ذكر (ره) انّ العلم بالعيب السابق حال زواله لا يكون موجبا للخيار بل الموجب له العلم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۶

....

بالعيب حال وجوده و يبقى هذا الخيار ما دام العيب باقيا، و مع زواله يسقط؛ و لذا ذكر المصنف (ره) انّ هذه العبارة تشير الى انّ الموضوع للخيار العلم بالعيب السابق حال العيب.

و الفرق بين ذلك و ما ذكرنا هو انّ الموضوع للخيار على ما ذكرنا جريان البيع على شيء حال وجود العيب فيه، و استفدنا ذلك من معتبرة زرارة، و انّ هذا الخيار يبقى ما دام العيب. و الحاصل انّه لا يعتبر فى موضوع الخيار العلم بالعيب أصلا لا مطلقا و لا حال وجود العيب بل المعتبر جريان البيع على ما به عيب و الموضوع للخيار فى الفرض محرز و مقتضى الاستصحاب بقاء ذلك العيب الذى كان عند البيع فيجوز للمشترى أخذ الأرش لذلك العيب. و امّا جواز الفسخ فلا لأنّ حدوث نكتة اخرى يوجب سقوط جواز الفسخ سواء بقيت أم زالت.

و مع زوال القديم سواء حدث عيب آخر أم لا، لا مورد لجواز الفسخ و لا لأخذ الأرش لأنّ مع زوال السابق قبل الفسخ يسقط الخيار فسخا و أرشا كما تقدم.

و ذكر المصنف (ره) انّ زوال العيب الحادث فى يد المشترى يصحّح الفسخ بالعيب القديم، فمع اختلافهما بأنّ الزائل هو القديم أو الحادث يكون البائع فى الفرض مدعيا لمخالفة قوله لاستصحاب العيب القديم و يوافقه قول المشترى فيكون منكرا فيحلف على عدم السقوط لا يقال قول البائع أيضا يوافق الأصل يعنى استصحاب العيب الجديد. فيكون كل منهما مدّعيا و منكرا فيتحالفان و يستفيد البائع بحلفه سقوط الفسخ و يستفيد المشترى بحلفه أخذ الأرش فإنّه يقال أصالة بقاء العيب الجديد غير جارية فى نفسها فإنّها لا يتثبت زوال العيب القديم لينتفى جواز الفسخ و يجوز أيضا أخذ الأرش بناء على انّ الثابت للمشترى تخييره بين الفسخ و جواز أخذ الأرش.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۷

[الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المنفق عليه]

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المنفق عليه (۱).

أقول: استصحاب العيب السابق لا يترتب عليه بقاء جواز الفسخ مطلقا بل فى خصوص ما ثبت فيه بقاء المبيع بحاله الذى كان عليه عند البيع. و من الظاهر انّ الاستصحاب المزبور لا يثبت بقاء المبيع بحاله. و بتعبير آخر يثبت بأصالة بقاء العيب الجديد و بقاء المبيع على تغيّره عدم جواز الفسخ فيكون قول البائع مطابقا للأصل، و قول المشترى مخالفا له فيحلف البائع على نفيه. و امّا الأرش، فلا يستحقّه المشترى أخذا باعترافه بناء على انّه فى طول جواز الفسخ.

و امّا بناء على تخيير المشترى بين جواز الفسخ و أخذه يحرز باستصحاب العيب القديم جوازه فيكون البائع بالإضافة إلى سقوط الأرش مدّعيا و المشترى منكرا، فيتمّ ما تقدم عن الشافعى من انّهما يتحالفان فينتفع البائع بحلفه إسقاط الفسخ و المشترى بجواز أخذ الأرش.

(۱) إذا اشترى متاعا به عيب و وجد فيه عيب آخر فاختلفا فى ذلك العيب الآخر فقال البائع انّه حدث عندك فلا يجوز لك إلّا أخذ الأرش على العيب الأوّل، و قال المشترى انّ العيب الثانى كان عند الشراء أيضا فلى جواز الفسخ بهما.

ذكر فى الدروس انّ الفرض مثل ما إذا لم يكن فى المتاع الّا عيب واحد، و قال البائع بحدوثه عند المشترى فلا خيار، و قال المشترى انّه كان عند البيع فلى الخيار، و يقدم قول البائع لموافقته استصحاب عدم العيب حال البيع فيحلف على عدم العيب الثانى عند البيع أو عدم الخيار للمشترى.

و ذكر المصنف (ره) ان الفرض لا يقاس بالعيب المنفرد لانّ استصحاب عدم العيب حال البيع فى العيب المنفرد ينفى موضوع الخيار؛ و لذا يقدم فيه قول البائع بخلاف هذا الفرض حيث يدّعى البائع فيه سقوط الخيار الثابت للمشترى بحدوث العيب الثانى عنده و استصحاب عدم العيب الثانى حال البيع لا يثبت حدوثه عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۸

....

المشترى ليقدم قول البائع.

أقول: لو فرض ثبوت الخيار للمشترى بالعيب المتفق عليه يجرى فى الفرض استصحاب عدم حدوث العيب الثانى عند المشترى فيحلف على ذلك فيحكم ببقاء خياره، و لكن لا يثبت له خيار آخر بالعيب الثانى لأنّ الأصل عدم وجود العيب ذلك الثانى عند البيع لا يقال يعلم إجمالا بعدم مطابقة كل من استصحاب عدمه حال البيع و استصحاب عدم حدوثه عند المشترى للواقع بل أحدهما غير مطابق له لا محالة فإنّه يقال هذا العلم الإجمالى لا يوجب سقوط الأصلين لأنّهما لا يوجب المخالفة القطعيّة، بل يوجب التفكيك بين المتلازمين واقعا و لا محذور فيه فيما إذا اقتضاه الأصلان. و الحاصل يحلف كل من البائع و المشترى فالبائع على وجوده حال البيع، فلا يكون الخيار الثانى، و يحلف المشترى على عدم حدوثه عنده فيحكم ببقاء الخيار الأوّل.

و امّا مع عدم ثبوت الخيار بالعيب الأول كما إذا تبرّء البائع منه أو كان معلوما للمشترى يكون الفرض كما ذكره فى الدروس من تقديم قول البائع فإنّ أصالة عدم وجوده حال البيع ينفى الخيار كما هو ظاهر.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا حصلت الزيادة فى العيب الذى كان عند البيع و اختلفا فى زمان حصولهما فقال البائع انّها حصلت بيد المشترى فلا يجوز له الفسخ و قال المشترى انها كانت قبل قبض المبيع فله الخيار فإنّه ان كان أصل العيب الذى كان عند البيع موجبا للخيار يتحالفان و يثبت للمشترى جواز الفسخ بأصل العيب، و ينفى البائع بحلفه جواز الفسخ و أخذ الأرش بتلك الزّيادة.

و امّا إذا لم يكن أصل العيب موجبا للخيار كما إذا تبرّء البائع منه أو كان معلوما للمشترى فيحلف البائع على عدم حصولها عنده فلا

یثبت للمشتری جواز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۹

[الرابعة: لو اختلفا فی البراءة]

الرابعة: لو اختلفا فی البراءة (۱).

الفسخ و لا جواز أخذ الأرش فتدبّر.

(۱) لو اختلفا فی التبرّی عن عیب المبیع بان ادّعاه البائع و أنکره المشتری یقدم قول المشتری لأنّ جریان البیع علی ما به عیب و عواز محرز، و الأصل عدم تبرّی البائع فیتمّ موضوع الخیار، و لکن ربّما یتراءی من مکاتبة جعفر بن عیسی عن أبی الحسن علیه السلام خلاف ذلک و انّه عند الاختلاف فی التبرّی یقدم قول البائع.

و ذکر الأردبیلی (قده) انّ الرّوایة لکونها مکاتبة یحتمل فیها الدس و رعایة التقیة و کونها علی خلاف قاعدة البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من ادعی علیه فلا یمکن الاعتماد علیها، و لکن جعلها فی الکفایة مؤیدة للقاعدة و ذکر فی الحدائق انّ تقدیم قول البائع فی الروایة لکون إنکار المشتری کان تدلیسا و لعدم رغبته فی المبیع جعل إنکاره وسیلة للتخلّص من البیع؛ و لذا ألزمه علیه السلام بالثمن من غیر ان یذکر ان علی البائع الحلف علی إسماع التبرّی و ناقش المصنف (ره) فی التوجیه بأنّه لا یحتمل أن یسئل السائل عن الامام علیه حکم صورة العلم بکذب المشتری فانّ الحکم فی صورة العلم بالحال کان ظاهرا؛ و انّما سئل عن صورة احتمال صدق المشتری کما یفصح عن ذلک قوله أ یصدّق أم لا؟.

و الصحیح فی الروایة ان یقال ان فی موردها خصوصیة لا- تنافی ما تقدم من تقدیم قول منکر التبرّی عند الاختلاف و تلک الخصوصیة ان البیع فیمن یزید لا ینفک غالبا عن تبرّی البائع بنحو یسمعه کل من حضر الشراء؛ و هذا الظهور الغالبی فی المفروض فی الروایة أوجب تقدیم قول البائع، و هذا من أحد الموارد التی یقدم فیها الظهور علی الأصل العملی أی استصحاب عدم سماع التبرّی.

لا یقال تبرّی البائع قبل البیع و لو بنحو یسمعه من حضر لا یکون کافیا فی الاشتراط فإنّه یعتبر فی نفوذ الشرط ذکره فی متن العقد فإنّه یقال یکفی فی نفوذ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۰

[الخامسة: لو ادّعی البائع رضا المشتری به بعد العلم أو إسقاط الخیار]

الخامسة: لو ادّعی البائع رضا المشتری به بعد العلم أو إسقاط الخیار (۱).

الشرط ذکره قبل المعاملة و إنشائها مبنیّا علی المذکور قبله؛ هذا أوّلا. و ثانیا انّ کل نداء المنادی فیمن یزید یکون إیجابا للبیع و لو بنحو یقبل الرجوع فیه و یکون تبریه فی النّداء من ذکر الشرط فی الإیجاب، کما لا یخفی.

(۱) من موارد اختلاف المتبایعین فی حدوث المسقط للخیار ما إذا ادّعی البائع رضا المشتری بالمبیع فلا یجوز له فسخه بعد ذلک، و یجوز له أخذ الأرش خاصّة بناء علی تخییره بین الفسخ و مطالبة الأرش. و أنکر المشتری رضاه فإنّه یحلف علی عدم رضاه.

و کذلک فیما إذا ادّعی البائع إسقاط خیاره بعد العلم بالعیب فلا یجوز له فسخ البیع و لا مطالبة الأرش أو ادّعی تصرّف المشتری بعد العلم بالعیب بل أو قبله بما یوجب سقوط جواز الفسخ فإنّه مع الاختلاف یحلف المشتری علی عدم إسقاط خیاره أو عدم تصرّفه و نظیر ذلک ما تقدم من انّ المبیع وجد فیه عیب جدید و قال المشتری انّه کان عند البیع فیجوز له الفسخ و أخذ الأرش علیه ایضا. و

قال البائع انّه حدث بید المشتری فلا یجوز له الفسخ بالعیب القدیم فإنّه قد تقدّم انّ البائع یحلف علی عدم وجوده عند البیع و المشتری علی عدم حدوثه بیده فیحکم ببقاء جواز الفسخ و عدم جواز أخذه الأرش علی العیب الثانی.

و لکن العجب من المصنّف (ره) حیث جعل فی المقام الأصل الموافق لقول المشتری أصالة بقاء الخیار و الأصل عدم جریان البیع علی السالم من العیب الجدید فإنّه لو جری علی السالم لکان ضمانه علی المشتری و وجه العجب انّ ضمان المشتری العیب الجدید بمعنی حدوثه بیده مع جریان البیع علی السالم متلازمان.

و من الظاهر انّ نفی أحد المتلازمین بالأصل یعنی أصالة عدم جریان البیع علی

[الثالث اختلاف المتبایعین فی الفسخ]

[الأولی لو اختلفا فی الفسخ]

لو اختلفا فی الفسخ (۱).

السالم لا ینفی الملازم الآخر.

(۱) لو اختلفا فی الفسخ فی زمان یکون للمشتری فیه خیار لو لا فسخه فلا ینبغی الریب فی سماع قول المدّعی بالفسخ. و ظاهر کلام المصنف سماع قوله بأنّ له إنشاء الفسخ حین الدعوی. و عن الدروس جعل دعواه فسخا بمعنی انّ الحاکم یحکم بتحقق الفسخ بمجرد إقراره بالفسخ لقاعدة من ملک شیئا ملک الإقرار به، کما لو ادّعی الزوج طلاق زوجته فانّ للزّوج سلطنة الطلاق، و إذا ادّعاه یقبل قوله بغیر بیّنة و لا یحتاج فی الحکم بثبوته الی حلف الزوج، و ان أنکرته الزّوجة.

و یشهد للقاعدة المزبورة ما رواه الشیخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد ابن زیاد عن محمد بن عبد اللّه الکاهلی قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام کان لعمّی غلام فأبق فأتی الأنبار فخرج الیه عمّی ثم رجع فقلت له ما صنعت یا عمّ فی غلامک قال بعته فمکث ما شاء اللّه ثم عمّی مات فجاء الغلام فقال انا غلام عمّک، و قد ترک عمّی أولاد صغار و أنا وصیّهم فقلت انّ عمی ذکر انّه باعک فقال عمّک کان لک مضارا و کره أن یقول لک فتشمت به و أنا و اللّه غلام بنیه فقال (صدق عمّک و کذب الغلام فأخرجه و لا تقبله).

و الظاهر انّ محمد بن عبد اللّه الکاهلی سهو بل السائل هو عبد اللّه الکاهلی بقرینة روایة الحسن محمد بن سماعة عن محمد بن زیاد عن عبد اللّه بن یحیی الکاهلی فی غیر هذا المورد و عدم وجود محمد بن عبد الکاهلی فی الرجال علی ما أعلم فالرّوایة من حیث السند موثقة و مدلولها قبول اخبار المالک عن بیع ماله و عدم بقائه فی ملکه و الإقرار بالعتق کما فی عبارة المصنف (ره) سهو من قلمه الشریف.

و ذکر السید الیزدی (قده) انّ الرّوایة لا دلالة لها علی اعتبار القاعدة، و لذا

و ان کان بعد انقضاء زمان الخیار (۱).

لم یستدل بها المصنف (ره) فی رسالته المرسومة فی القاعدة علی اعتبارها مع اهتمامه فیها بإقامة الدلیل علیها و الوجه فی عدم دلالتها هو ورودها فی واقعة خاصّة، و لعل الإمام علیه السلام کان یعلم بکذب الغلام، و انّ تصدیق البائع کان من سماع الإقرار علی النفس و ذکر انّه لا ینافی سماع الإقرار علی النفس دون سماع الإقرار للنفس سقوط نفقة الغلام فی الفرض فانّ سماع الإقرار علی النفس لا

ينافى سقوط ما يترتّب على المقرّ به من انتفاع الغير كسقوط النفقة فيما إذا أقرّ الزوج بطلاق زوجته. و انّما لا يسمع الإقرار فيما إذا كان المقرّ به فى نفسه للنفس لا عليه. أقول:

دعوى انّ الرّواية واردة فى واقعة خاصة، و لعلّ الإمام عليه السلام كان يعلم كذب الغلام لا يناسبها ظاهر السؤال و الجواب.

و دعوى انّ الإقرار على النفس تسمع و لو مع ترتّب النفع للمقرّ فيما إذا كان المقرّ به على النفس و لا تسمع فى خصوص ما كان المقرّ به للنفس غير ظاهرة، لانّ الدليل على نفوذ الإقرار السيرة العقلائيّة و لا يترتّب على الإقرار على النفس ما كان للنفس إلّا إذا كان داخلا فى قاعدة من ملك كدعوى الطّلاق.

(١) إذا كان اختلاف المتبايعين فى الفسخ فى زمان لا يكون فيه للمشترى خيار الفسخ، كما إذا تلف المبيع بعد الفسخ و قلنا بأنّ هذا التلف لا يوجب بطلان الفسخ السابق فإن أقام المشترى البيّنة على فسخه السابق يرجع الى البائع بالتفاوت بين الثمن المسمّى و بدل المبيع التالف و لو لم يتمكن على إقامة البيّنة على فسخه فيحلف البائع على نفى علمه بالفسخ فيما لو ادّعى المشترى علمه به و الّا يوقف الدعوى.

و هذا بناء على ما ذكروا من عدم جواز الحلف على فعل الغير نفيا و إثباتا.

و امّا بناء على ما ذكرنا فى بحث القضاء من انّه يصحّ القضاء بالحلف سواء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۴۳

[الثانية لو اختلفا فى تأخّر الفسخ عن أوّل الوقت بناء على الفورية]

لو اختلفا فى تأخّر الفسخ عن أوّل الوقت بناء على الفورية (١).

حلف على فعل نفسه أو فعل الغير حيث لا يعتبر فى الحلف الّا العلم فيحلف البائع على عدم فسخه. و ايضا ذكرنا فيما تقدّم انّه يعتبر فى نفوذ الفسخ بقاء المبيع بحاله الى ردّه على بايعه و الّا فلا موضوع إلّا للأرش. و عليه فيتعيّن فى الفرض المطالبة بالأرش، و لا مجال للمخاصمة فى الفسخ. و على ما ذكروه من حلف البائع على عدم علمه بالفسخ فهل للمشترى المطالبة بالأرش قيل لا، لأنّ المشترى يعترف بعدم استحقاقه الأرش بدعواه فسخ البيع و انّه انّما يستحقّ من الثمن الزائد على البدل لا غير.

و ذكر فى الدروس انّه يحتمل استحقاق المشترى الأقل من الأرش و التفاوت بين الثمن و بدل المبيع و الوجه فى ذلك انّ المشترى يستحقّ المال المزبور باتفاقهما غاية الأمر يذكر المشترى انّه بعنوان التفاوت بين الثمن و البدل و البائع بدعوى انّه بعنوان الأرش فإن كان التفاوت أزيد فالبائع ينكر استحقاق المشترى تلك الزيادة فيحلف على نفى استحقاق المشترى، و ان كان الأرش أزيد فلا يجوز للمشترى أخذه أخذا باعترافه، و على ما ذكر فلا مورد للمخاصمة مع عدم الاختلاف بين الأرش و التفاوت بين الثمن و بدل التالف، كما انّه لا ـ موضوع لحلف البائع فيما إذا كان الأرش أكثر كل ذلك فيما إذا لم يتضمّن دعوى المشترى المطالبة بعين الثمن و الّا يحتاج نفى استحقاق المشترى الى حلف البائع فتدبّر.

(١) لو كان اختلاف المتبايعين على القول بفورية الخيار فى تأخر الفسخ أو وقوعه زمان الخيار بان قال المشترى كان الفسخ زمان الخيار، و قال البائع انّه كان بعد انقضائه ذكر المصنف (ره) ان استصحاب بقاء العقد و عدم حصول الفسخ الى انقضاء الخيار يوافق قول البائع، حيث يذكر عدم الفسخ زمان الخيار، و انّه وقع على التأخير، كما انّ أصالة الصحّة فى الفسخ يوافق قول المشترى المدّعى وقوع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۴۴

....

الفسـخ زمان الخيار، و إذا اتفقا على زمان الفسـخ، و اختلفا فى أول زمان العقـد فعيّنه البائع بزمان يكون الفسخ معه على التأخير و عيّنه المشترى بما يكون على الفور يحتمل استصحاب عدم وقوع العقد فى الزمان المشكوك فيكون موافقا لقول المشترى و لكن الاحتمال ضعيف لأنّ استصحاب عدم حصول العقد فى ذلك الزمان لا يثبت وقوع الفسخ فى أوّل زمان إمكان الفسخ.

و نظير المسألـة مـا إذا اختلف الزوجان فى تقـدم رجوع الزوج و وقوعه فى العـدة فقال الزوج انّه كان فى العـدة و الزّوجـة انّه كان بعد انقضاء العدة.

أقول: استصـحاب فى ناحيـة بقـاء العقـد لاـ مجـال له مع استصـحاب عـدم حصول الفسـخ المزبور الى حين انقضـاء الخيـار، فـانّ هـذا الاستصـحاب لو تمّ يترتّب عليه بقاء العقـد إذ مع الأصل السببى لا تصل النوبة الى الأصل الحكمى كما انّه لا مجال لاستصـحاب عدم الفسخ المزبور الى حين الانقضاء لو جرت أصالة الصـحّة فى ناحية الفسخ لأنّ مع أصالة الصـحة لا مجال للاستصـحاب كان على وفق أصالة الصحّة أو على خلافها على ما هو المقرر فى محله من حكومتها على الاستصحاب.

و ذكر السـيد اليزدى (ره) انّه يقدم فى فرض الاختلاف فى تقدم الفسخ و تأخره قول المشترى المدّعى لصحّة الفسخ لا لأصالة الصّحة فى الفسخ فان حمل فعل الغير على الصّحة يكون فى غير موارد المنازعة و مع المنازعة يجرى الحمل فى العقود لا فى الإيقاعات، كما فى المقام بل لأنّ مع استصحاب بقاء الخيار الى حصول الفسخ يترتّب عليه نفوذه.

لا يقال: هـذا الاستصـحاب معارض باستصـحاب عـدم وقوع الفسخ المزبور الى زمان انقضاء الخيار فإنه يقال ان الاستصـحاب المزبور لازمه العقلى وقوع الفسخ بعد الانقضاء المحكوم على الفسخ معه بالبطلان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۴۵

....

أقول: مـا ذكره (قـده) فى أصالـة الصـحّة عجيب فـانّ اعتبارهـا لا يختص بغير موارد المنازعـة كما انّه لا فرق فى اعتبارها بين العقود و الإيقاعات بل سائر ما يتّصف بالصحة من العبادة و غيرها.

نعم فى أصالة الصـحّة كلام و هو عدم جريانها فى موارد الشك فى قابلية المورد للتصـرف أو فى ولاية المتصرّف للتصرف و عليه فى المقام يشك فى قابلية العقد للفسخ حال فسخ المشترى فلا مجرى لها.

و امّا استصـحاب بقاء الخيار فقـد يقال انّه لا مجال له لأنّ انحلال البيع مترتّب على الفسخ حال الخيار و استصـحاب بقاء الخيار لا يفيد فى كون الفسـخ حـال الخيـار نظير مـا تقـدم من انّ الموضوع لـدرك الجماعـة الركوع حـال ركوع الإمام؛ و لكن لا يخفى ما فيه فانّ انحلال العقـد بالفسـخ فى زمان أثر شـرعى لوجود الخيار فى ذلك الزمان، و إذا ثبت بالاستصـحاب تحقق الخيار زمان الفسـخ يترتّب على الفسخ المزبور انحلال العقد و وقوع الفسخ حال الخيار ليس موضوعا لانحلال العقد فى شيء من الخطابات، و ممّا ذكرنا انّه يلزم فى الحكم ببقاء العقـد من نفى الخيار زمان الفسـخ، و من الظاهر عـدم أصل ينفى الخيار زمان الفسـخ و أصالة عدم الفسخ المفروض الى زمان انقضاء الخيار يلزمه عـدم الخيار زمان الفسخ و الأصل لا يثبت لازمه العقلى، كما هو ظاهر فالمتحصّل انّ مع عدم البيّنة للبائع يحلف المشترى على كون فسخه زمان الخيار له.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى مسألة اختلاف الزّوجين فى تقدم الرجوع على انقضاء العدة أو تأخره فإنّ مقتضى الاستصحاب كونها على العـدة زمان الرجوع فيترتّب عليه انحلال الطلاق فانّ انحلاله بالرجوع من أحكام كونها على العدّة. فى ذلك الزّمان و استصـحاب عدم ذلك الرجوع الى انقضاء العدة لا ينفى العدة زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۴۶

[الثالثهٔ لو ادّعی المشتری جهله بالخیار أو بالفوریّهٔ]

لو ادّعی المشتری جهله بالخیار أو بالفوریّهٔ (۱).

[القول فی ماهیهٔ العیب]

اعلم انّ حکم الرد و الأرش معلّق فی الروایات (۲).

الرجوع الّا بنحو الأصل المثبت لا یقال یقـدم فی الفرض قول المرأهٔ لمثل قوله علیه السـلام فی صـحیحهٔ زرارهٔ (العدهٔ و الحیض للنّساء إذا ادّعت صـدقت) فـإنّه یقال ظاهرها اعتبار اخبارها عن حالها الفعلی، و لا یعمّ اخبارها عن حالها السابق زمان الفعل الصادر عن الغیر بل عن نفسها ایضا کما لا یخفی.

(۱) لو فرض إمکـان تصویر الخیـار علی الفور و بنحو التراخی فی حق الجاهـل بالفوریـهٔ و لو بجعـل الخیار المتعـدد بان یجعل الشارع الخیـار لکـل من اشتری مـا به العیب زمـان علمه بالعیب، و جعل خیار آخر لمن اشتری المعیب و لم یعلم بالخیار له زمان علمه بالعیب فـإنّه یجری مع اختلافهما فی جهل المشتری استصـحاب عـدم علمه بالخیار له زمان علمه بالعیب، فیثبت الموضوع للخیار الثانی فیکون قول مـدّعی الجهل موافقا للأصل. نعم إذا کان المشتری ممن یبعـد الجهل فی حقه یکون تقـدیم مدّعی علمه بالخیار مبتیّا علی تقدیم الظاهر علی الأصل.

(۲) قـد تکلّم (ره) فی المقام فی العیب الموضوع لجواز الفسـخ العقـد و أخذ الأرش علیه ثم تعرّض لبعض ما یقال انّه عیب. و قال بما حاصله انّ العیب هو نقص الشّیء عن مرتبهٔ الصحّهٔ الملحوظهٔ فی الشیء المتوسطهٔ بین النقص و الزیادهٔ المعبّر عن الزّیادهٔ بالکمال و ان کون شیء صحیحا عبارهٔ عن کونه علی مقتضی الحقیقهٔ المشترکهٔ بینه و بین سائر أفراد تلک الطبیعهٔ.

و إذا علم مقتضی الحقیقهٔ من الخارج بحیث یکون تخلف فرد من إفرادها عن ذلک المقتضی لأمر عارض سواء کان التخلف بالنقص کالعمی فی الحیوان أو بالزیادهٔ کمعرفهٔ الکتابهٔ فی العبد و الخیاطهٔ فی الأمهٔ یکون المعیار فی إحراز النقص هو العلم بمقتضاها.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۷

....

و قد لا یعلم مقتضـی حقیقهٔ الشـیء الّا من وجدان غالب أفراده علی مرتبهٔ و یجعل الغلبهٔ وسیلهٔ إلی إحراز مقتضی حقیقهٔ ذلک الشّیء و کون غالب أفراد شیء علی نحو و ان لا یلازم عقلا کون ذلک النحو مقتضی الحقیقهٔ لإمکان کونه لعارض أو عوارض تقارن غالب الأفراد. نعم یظنّ بکون ذلک النحو مقتضـی الحقیقـهٔ فیکون الغلبهٔ طریقا ظنّیّا بهذا اللحاظ، و الّا فلا یمکن الاسـتدلال من الجزئی علی جزئیّ الآخر.

و الحاصل: تعتبر هذه الغلبهٔ عرفا و عادهٔ فی اسـتکشاف مقتضـی حقیقهٔ الشـیء و یبنی ان مقتضـی غالب الافراد مقتضی حقیقته فیقاس إلیها النقص و الزّیادهٔ.

و قد یعلم انّ ما علیه غالب أفراد الشـیء لیس من مقتضـی حقیقهٔ الشـیء بل لأمر خارج عن حقیقته، کما فی خراج الضیعهٔ فانّ الخراج لیس من مقتضـی تملک الضـیعهٔ و لکنه یوضع علیها فیکون المقدار المتعارف من الخراج من مقتضـی طبیعهٔ الضـیعهٔ المملوکهٔ؛ و فی هـذا الفرض یکون الملاک فی النقص و الکمال الطبیعـهٔ الثانویهٔ فزیادهٔ الخراج الموضوع للأرض عن خراج أمثالها عیب؛ و لذا ذکروا

انّ الثيبوبة فى الإماء ليست عيبا، بل قد يكون كون الشّىء على مقتضى حقيقته عيبا كالغلفة فى العبد، فانّ عدم الختان الواجب عيب. نعم ربّما قيل انّ مجرد عدم الختان غير عيب بل العيب فى الأغلف لاحتمال الضرر فى ختان الكبير، و لذا لا يعدّ الغلفة فى الصغير عيبا، و على كل تقدير فلا عبرة بالخلقة الأصليّة أو الحقيقة فيما إذا حصلت حقيقته ثانويّة.

و لكن عدم العبرة بها لكون الشىء معيبا غير انّه لا يثبت له حكم العيب لانصراف ما دلّ على جواز الفسخ و الأرش إلى صورة التزام المتبايعين بعدم العيب و لو بشرط ضمنى و مع كون النقص غالبا لا يكون فى البين شرط ضمنى و لحوقه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۴۸

....

بصورة تبرّى البائع عن العيب أو انّ النقص الحاصل فى غالب الافراد غير داخل فى العيب أصلا، و تظهر الثمرة فيما إذا اشترط المشترى السلامة من النقص الغالب فإنّه بناء على الأول يثبت له عند التخلّف خيار العيب بخلاف الثانى فإنّه لا يثبت له الّا خيار تخلّف الشرط، و ذكر العلامة لو اشترط البكارة فى الأمة و ظهر الخلاف يثبت له الأرش دون الردّ؛ و ظاهر ذلك انّ الثيبوبة عيب يثبت حكم شراء المعيب مع اشتراط خلافها؛ ثم انّ المصنف (ره) قد قوى الوجه الثانى و ذكر انّ مع معارضة الحقيقة الصنفيّة مع النوعيّة تعتبر الصنفيّة، و ذلك لكون المعيار فى الصحة مع اختلاف الصنف فى غالب افراده مع النوع بحسب افراده هو غالب الصنف بنظر عامة النّاس.

أقول: محصّل ما أفاده (قده) فى المقام أمور: الأول انّ الملاك فى صحّة الشىء و تماميّته عدم نقصه عن مقتضى الحقيقة المشتركة بينه و بين سائر الأفراد؛ و المراد من الحقيقة المشتركة ما تعلّق البيع بالشىء بذلك العنوان.

الثانى: انّ مقتضى الحقيقة المشتركة إمّا بعلم من الخارج و مع عدم علمه من الخارج يستكشف بملاحظة غالب افراد تلك الحقيقة فما عليه الغالب فهو مقتضى الحقيقة المشتركة.

الثالث: إذا علم مقتضى الحقيقة المشتركة خارجا و كان غالب الأفراد على خلافه فما تعلّق عليه البيع لو كان مساويا لغالب الأفراد لا يثبت فيه خيار العيب و عدم ثبوته لعدم العيب بان يكون ملاك الصحة أحد الأمرين أو انّه عيب، و لكن لا حكم له حيث انّ غلبة نقص على أفراد الحقيقة توجب ان لا يلتزم بالسّلامة عنه و لو شرط السلامة فى الفرض فظهر التخلف فيثبت خيار تخلف الشرط على الأوّل و خيار العيب على الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۴۹

....

الرابع: ان المعيار فى عيب الشىء مع اختلاف مقتضى الحقيقة المشتركة الصنفيّة مع مقتضى الحقيقة النوعيّة هو مقتضى الحقيقة الصنفيّة فمع النقص عنه يكون الشىء معيبا و مع عدمه فلا عيب.

أقول: الظاهر عدم إمكان الجمع بين كون غالب الأفراد طريقا الى مقتضى الحقيقة المشتركة و بين الالتزام بأنّ ملاك صحّة الشىء فيما إذا كان غالب الأفراد على خلاف مقتضى الحقيقة المشتركة هو موافقته لغالب الأفراد فإنّ الشّىء فيما كان مساويا لغالب الأفراد و حكم بأنّه غير معيب و لو مع نقصه عن مقتضى الحقيقة المشتركة المعلوم خارجا يكون لغالب الأفراد موضوعيّة و الطريقيّة معناه عدم الموضوعية لغالب الأفراد.

و الصحيح ان الموافق لغالب الأفراد لا يكون معيبا لا انّه معيب لا يجرى عليه حكم العيب و لو شرط البكارة فى الأمة البالغة، فظهرت ثيّبا لا يجرى عليه خيار العيب، و لو قيل بأنّه يرد عليه الأرش بعد ظهور عدم بكارتها بوطيها فهو للنصّ لا لكون الثابت خيار العيب و

دعوى انّ غلبة النقص على الأفراد يوجب تبرّى البائع عن ذلك النقص فيما إذا أطلق العقد لا يمكن المساعدة عليها فانّ لازمها ثبوت خيار العيب للمشترى فيما لم يعلم حين الشراء بغلبة النقص لانّ الموجب لانتفاء خيار العيب إسماع البائع التبرّى لا نفس تبرّيه كما تقدم.

و الحاصل: انّ العيب فى الشىء أمر عرفى و لا يتحقق بخصوص النقص بل يحصل بالزيادة أيضا كما إذا كان يد العبد ذات أصابع ستة فالعيب فى الشىء الخارجى كونه على خلاف أمثاله بحيث يكون ذلك الخلاف ضد المزيّة فإنّ أحرز ذلك فى الشّىء يثبت فيه خيار العيب و الّا يرجع الى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و يحكم بعدم ثبوت جواز الفسخ و لا جواز المطالبة بالأرش.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۰

و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب النقص المالى (۱).

---

(۱) ذكر (قده) بما حاصله انّه لا يبعد أن يكون نقص الشىء عن مقتضى العنوان الذى جرى البيع عليه بذلك العنوان عيبا مع كونه موجبا للنقص فى ماليته؛ و امّا مع عدم إيجابه النقص المالى أو إيجابه زيادة قيمته فلا يصدق العيب عليه. نعم حيث انّ الغالب فى أمثال الشىء عدم ذلك النقص فإطلاق العقد مقتضاه اشتراط عدم ذلك النقص فيثبت للمشترى خيار تخلف الشرط.

و تظهر الثمرة بين كون الثابت فى الفرض خيار العيب أو خيار الشرط فيما إذا أراد المشترى الفسخ بعد تصرّفه فى المبيع بما لا يجوز معه الفسخ بخيار العيب فإنّه يجوز ذلك الفسخ بناء على كون الخيار خيار تخلف الشرط، و فيما إذا حصل النقص المزبور قبل القبض أو فى زمان الخيار فإنّه يكون مضمونا على البائع بناء على كونه خيار العيب و لا يكون مضمونا عليه بناء على كونه خيار تخلف الشرط.

و لكن تأمّل (قده) فى عدم سقوط خيار الشرط ايضا بالتصرّف المزبور أوّلا، كما تنظّر فى عدم ضمان الوصف فى شرطه فى مورد حصوله قبل القبض أو زمان الخيار.

أقول: لا موجب لسقوط خيار الشرط بالتصرف فيما إذا انكشف فقد الوصف المشروط بعده بل مطلقا مع عدم قصده إسقاط الخيار و إعراضه عن فسخ البيع، كما أنّه لا يختلف ضمان البائع بالإضافة إلى الوصف المشترط فقده قبل العقد أو قبل القبض أو حدوثه زمان خيار الحيوان.

و لكن مع ذلك ففى كون النقص الخلقى مع عدم إيجابه النقص المالى موجبا للخيار تأمّل لأنّ مجرد تخلف وصف غالبى موجب للخيار و لو مع عدم اشتراطه فى العقد غير ثابت و أصالة السلامة يحرز بها حال المبيع لا انّه يجعل غير المشروط مشروطا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۱

[الكلام فى بعض أفراد العيب]

الثقل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب (۱).

و كيف ما كان فقد يستدلّ على كون مجرد النقص الخلقى و لو مع عدم إيجابه النقص المالى عيبا يثبت معه للمشترى خيار العيب بمرسلة السيارى؛ و أجاب عنها المصنف (ره) بوجوه: الأوّل انّ السّائل لم يقصد ردّ الشراء بمجرد عدم الشعر على عانة الأمة بل لاحتماله أن يكون ذلك لمرض فى العضو أو المزاج؛ و لذا ذكر فى سؤاله و زعمت انّه لم يكن لها قط. و بتعبير آخر ازالة الشعر بعلاج لا يكشف عن كون عدم الشعر بحسب الخلقة مرغوبا اليه مع احتماله للمرض؛ و قول ابن أبى ليلى انّ الناس ليحتالون كان

للفرار عن القضاء لا لأنّ السائل لم يكن يحتمل كون عدم الشعر للمرض.

الثانی: انّ قوله عليه السلام (فهو عيب) لا يدلّ الّا على ثبوت ما هو الظاهر من أثر العيب، و هو أصل جواز الفسخ. و امّا سائر ما يجرى فی خيار العيب و أثره فلا دلالة لها على ترتّبه. أقول مقتضى الحكم بتحقّق موضوع ترتّب حكمه عليه من غير فرق بين حكم و أثر.

و الثالث: انّ الرّواية لا دلالة لها على أزيد مما يعرفه العرف من العيب و تنصرف الزّيادة و النقيصة فيها الى ما يوجب النقص المالى لا انّ مطلق الزّيادة و النقيصة ككثرة شعر الجارية أو تعلّمها الخياطة و نحو ذلك عيب يوجب الخيار.

الرابع: لو سلّم ظهور الرواية فی تحديد العيب فی الشیء الموجب للخيار فی بيعه الّا انّ الرّواية لضعفها لا يصلح لإثبات الحدّ للمعنى العرفی للعيب.

(۱) ذكر (قده) انّ الثفل بضم الثاء و سكون الفاء الخارج عن العادة فی الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الردّ و الأرش و يشهد لكون ما ذكر عيبا حسنة ميسر عن أبی عبد اللّه عليه السلام قلت له رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه دردّيا قال فقال (ان كان يعلم ان ذلك يكون فی الزيت لم يردّه، و ان لم يكن يعلم ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۲

....

ذلك يكون فی الزيت ردّه على صاحبه) «۱»؛ و ظاهرها انّ الدردى مع عدم تعارفه موجب لجواز الفسخ. و فی معتبرة السكونی عن جعفر عن أبيه انّ عليّا عليه السلام قضى فی رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا فخاصمه الى علی عليه السلام فقال له علیّ (لك بكيل الرّب سمنا فقال له الرجل انّما بعته منك حكرة فقال له علی عليه السلام انّما اشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربّا «۲».

و لكن لا يخفى انّه لو كان الربّ فی العكة من العيب فی زيتها لكان للمشترى فسخ البيع أو أخذ الأرش لا المطالبة بكيل الربّ سمنا. و ذكر السيد اليزدى أنّه من قبيل المطالبة بالأرش. و فيه انّ الأرش نسبة تفاوت قيمتی الشیء معيبا و صحيحا الى الثمن المسمّى. و الحاصل انّ الحكم الوارد فی الرواية يتمّ فيما كان المبيع بنحو الكلی على العهدة و دفع العكرة وفاء، و يكون فی الفرض على البائع استرداد الرب و دفع السمن بكيله.

ثمّ انّه قد يناقش فی صحّة البيع بالإضافة الى غير الثفل بجهالة مقدار المبيع حال البيع، و لكن ذكر المصنف (ره) لظهور الخليط فی السمن و نحوه صور. الأولى أن يطلق على المجموع عنوان المبيع نظير الغش فی الذهب الموجب لنقص فی الكمّ بعد التخليص، و ان كان الخلط كثيرا فی نفسه يثبت للمشترى خيار العيب.

الثانية: ان لا يكون الخليط موجبا للعيب بل لنقص الكمّ فی المبيع، و لكن كان البيع جاريا على السمن فی الظّرف كل رطل بكذا، و فی هذا الفرض يحكم بصحّة البيع و لزومه لانّ المبيع هو السمن الموجود فی الظّرف لا الخليط و المفروض

---

(۱). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۷ من أحكام العيوب.

(۲). الوسائل الجزء ۱۲، الباب ۷ من أحكام العيوب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۳

[القول فی الأرش]

القول فى الأرش و هو لغة (۱).

العلم بوزن السمن مع ظرفه، اللهم الّا أن يقال ان إطلاق البيع فى هذه الصورة بمنزلة اشتراط كون كل ما فى الظرف سمنا، فيلحق هذه الصورة بالثّالثة، و هى ما إذا اشترط كون ما فى العكة مقدارا خاصا من السمن و لو مع ظرفه و فى هذه الصورة يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط أو خيار تبعّض الصّفقة على الوجهين فى بيع الصبرة على انّها كذا مقدار فبانت أنقص منه.

الرابعة: ما إذا شاهد المشترى خلط الزيت بما لا يتموّل و اشترى الزيت المعلوم وزنه مع الخليط و الظرف، ففى مثل ذلك لا يبعد بطلان البيع بالإضافة إلى الزّيت ايضا للجهل بوزن السمن، و لا يصحّحه العلم بوزن المجموع من الزّيت و الدردى و الظرف، لأنّ المصحّح لبيع المظروف العلم بوزنه و لو مع ظرفه و لا يصحّح البيع العلم بوزن المظروف المبيع مع ظرفه و شىء آخر غير مبيع، كما إذا علم بوزن المظروف مع ظرفه و صخرة.

(۱) ذكر (قده) انّ الأرش كما عن الصحاح و المصباح دية الجراحات، و عن القاموس انّه بمعنى الدّية. و يظهر عن الصحاح و المصباح انّه لغة بمعنى الفساد و يطلق الأرش فى اصطلاح الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص فى مال أو بدن مع عدم تقدير ذلك البدل. و عن حواشى الشهيد انّ الأرش يطلق بالاشتراك اللفظى على معان. منها ما يأخذ المشترى بدلا عن وصف الصّحّة المضمونة على البائع، و كذلك أرش عيب الثمن، و منها نقص قيمة العبد المملوك للغير بجناية انسان عليه مع عدم تقدير تلك الجناية؛ و منها قيمة التالف بالجناية المقدرة شرعا، كما فى قطع يد العبد فانّ على الجانى نصف قيمة العبد؛ و منها أكثر الأمرين من المقدر الشرعى و الأرش و هو ما تلف بجناية الغاصب.

و ظاهر هذا الكلام انّ لفظ الأرش يطلق فى اصطلاح الفقهاء على كل من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۴

ثم ان ضمان النقص تابع فى الكيفيّة لضمان المنقوص (۱).

هذه المعانى من غير أن يكون إطلاقه عليها من قبيل الاشتراك المعنوى أو الحقيقة و المجاز؛ بل اللفظ فى كل منها منقول عن معناه اللغوى بأن يكون اللفظ الموضوع للمطلق لغة منقولا الى المقيد الخاص. و ما ذكر من انّه فى اصطلاح الفقهاء يطلق على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون منتزع عن تلك المعانى.

و فيه انّ الاشتراك اللفظى بعيد غايته بالإضافة الى جميع ما ذكر بل الظاهر انّ الأرش هو بدل التالف سواء كان له تقدير أم لا، بخلاف الدية فإنّه يطلق على بدل التالف المقدر شرعا فيكون إطلاقه على جملة من المعانى المزبورة بالاشتراك المعنوى لو لم يكن كلّها كذلك.

(۱) ثم انّ المصنف (قده) قد تصدّى لإثبات كون ضمان وصف الصحّة فى المقام معامليا لا ضمان اليد. و قال فى وجهه انّ النقص المضمون تابع للأصل فى الضمان فان كان ضمان الأصل ضمان اليد كالغصب و المأخوذ المستام يكون ضمان وصفه ايضا ضمان اليد، و إذا كان ضمان الأصل معامليا، كما فى ضمان البائع المبيع بتلفه بيده قبل قبضه، أو زمان الخيار فانّ تلفه فى الفروض يوجب خروج الثمن عن ملكه و عوده إلى المشترى فيكون ضمان الوصف ايضا معامليّا، بان يوجب فوات وصف الصحة بيد البائع خروج ما بإزائه من الثمن عن ملكه فيما إذا وزّع الثمن المزبور على مجموع الناقص و المنقوص، و لا يكون فى الفرض ضمان اليد فإنّه قد يوجب أن يأخذ المشترى من البائع تمام الثمن مع ملكه المبيع، كما إذا اشترى جارية بدينارين فوجد فيها عيبا، و فرض انّها تساوى معيبة بمأة دينار و صحيحها أزيد فإنّه يلزم على ضمان اليد أخذ تمام الثمن أو الأزيد مع الجارية مع انّ المذكور فى بعض الروايات انّه يردّ على المشترى، و ظاهره كون المردد أنقص من الثمن، و لو كان وصف الصحة مضمونا بضمان اليد لما كانت المال الذى يعطيه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۵

....

البائع مردودا دائما، و ما فی عبارته (قده) فی الفرض من لزوم أخذ المشتری مأة دینار سهو من قلمه الشریف.

نعم ظاهر کلمات جماعة من الأصحاب، بل ظاهر بعض الروایات ان للمشتری قیمة العیب و ظاهرها ضمان الید، و لکنّها کبعض الرّوایات المشار إلیها محمولة علی عدم اختلاف الثمن المسمّی مع القیمة السوقیة، کما هو الغالب.

و الحاصل: ان الأرش فی المقام هو مقدار من المال نسبته الی الثمن المسمّی کنسبة التفاوت بین قیمتی الشیء صحیحا و معیبا، کما إذا کان قیمة الشیء معیبا خمسین و قیمته صحیحا بمأة فالتفاوت بینهما بالنصف فیؤخذ من البائع نصف الثمن المسمّی.

أقول: ما ذکر (قده) فی الاستدلال علی کون ضمان وصف الصحّة ضمان معاوضی بالمعنی الذی ذکر ینافی ما ذکر فی حمل کلمات بعض الأصحاب و بعض النصوص من حملها علی الغالب من تساوی الثمن المسمّی و عدم اختلافه مع قیمة السوقیة للشیء صحیحا فانّ مقتضاه حمل ما ذکر فی بعض الروایات من ردّ البائع ایضا علی الغالب.

أضف الی ذلک انّ مقتضی ما ذکر فی معنی الضمان المعاملی أن یکون الأرش جزء من الثمن مع انّه لا یلتزم بذلک؛ و أضف الی ذلک انّه لا فرق فی ضمان الوصف بضمان معاملی بین وصف الصحّة أو الکمال، و لو کان معنی ضمان الوصف عود ما قبله من الثمن الی ملک المشتری لکان الأمر فی وصف الکمال المشترط کذلک مع انّه (قده) قد صرّح فیما سبق بأنّ الأرش تغریم لا یکون جزءا من الثمن، و لا علی البائع دین بدون مطالبة المشتری و قد کان (قده) ملتفتا الی ذلک.

و لذا ذکر فی آخر کلامه انّ الثمن فی البیع لا یقع إلّا بإزاء العین و لا یسقط علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۶

....

وصف الصحة کما لا یقسط علی وصف الکمال و الأرش فی المقام خارج عن ضمان الید و الضمان المعاملی؛ بل هو نظیر أرش الجنایة متمّم للنقص الحاصل فی المبیع لیساوی الثمن لا لتنقیص الثمن المسمّی لیساوی المبیع الموجود.

و لا یخفی انّ هذا الکلام هدم لما ذکر (قده) فی وجه کون الأرش مقدارا من المال نسبته الی الثمن المسمّی کنسبة تفاوت قیمة معیب الشیء إلی صحیحة، لأنّ مع الاعتراف بعدم کون الأرش داخلا فی ضمان معاملی یرد ما تقدّم من احتمال کون الأرش قیمة العیب لا مقدار من المال یلاحظ فیه النسبة.

و ذکر السید الیزدی (قده) فی وجه کون الأرش هو المقدار الذی یلاحظ فیه النسبة لا نفس التفاوت بین القیمتین أن للمعاملة مقامین مقام الإنشاء و القرار، و مقام اللب و القصد و الثمن فی المقام الأوّل یقع بإزاء نفس العین و لا یقسط علی الموصوف و الوصف؛ و لذا لو فقد الوصف لم تنحل المعاملة بالإضافة الی بعض الثمن، و انّه لو باع المعیب بأقلّ فیما إذا کانا من جنس واحد لزم الرّبا کما إذا باع کرّا من الحنطة المعیبة بنصف کرّ من الحنطة، و لو کان مقدار من العوض فی مقابل وصف الصحّة لم یلزم فی الفرض ربا و لانّ النصف الناقص فی ناحیة العوض بإزاء وصف الصحّة المفقودة فی المبیع.

و هذا بخلاف مقام اللب فإنّه یقسّط الثمن فیه علی الموصوف و الوصف حیث یوجب الوصف زیادة العوض، و حیث انّ العبرة فی استحقاق العوضین و النقل و الانتقال بالمقام الأول یکون تمام الثمن حتی فی فرض عیب المبیع للبائع غایة الأمر حیث انّ البائع تعهّد بالوصف و أوجب أن یبذل المشتری الثمن الزائد فللمشتری المطالبة بما بذل من الزّیادة.

أقول: قد تقدّم انّه لا معنی للبّ فی المعاملة فإنّها أمر إنشائی یکون بیعا أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۷

....

إجارة أو غيرهما و يصدق عليها عنوان العقد و يترتّب عليها الأحكام و الآثار المترتّبة على عنوان العقد مطلقا أو على المعاملة بعنوانها الخاص؛ و من الظاهر عدم تحقق المعاملة إلّا بالقصد؛ و عليه فان كان شيء داعيا إلى المعاملة أو شرطا فيها بترتّب على الشرط ما يأتى. و امّا الدّاعى فلا أثر لتخلفه و قد تقدم انّ شرط الوصف لا يترتّب عليه الّا جواز الفسخ نظير شرط وصف الكمال لا جواز أخذ الأرش و جواز أخذه تعبّد قد دلّ عليه الروايات؛ و ظاهر جملة منها استحقاق المشترى التفاوت بين قيمتى الصحيح و المعيب كموثقة طلحة بن زيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيبا قال تقوم و هى صحيحة و تقوم و بها الدّاء، ثمّ يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصّحة و الدّاء.

و فى معتبرة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول (أيّما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يردّها و ردّ البائع عليه قيمة العيب) فلا يبقى فى البين الّا التسالم بين الأصحاب على كون الأرش مقدارا من المال يكون نسبته الى الثمن المسمّى كنسبة قيمة معيب الشيء إلى صحيحة؛ و ربّما يستدلّ على كون الأرش يلاحظ فيه النسبة لا انّه قيمة العيب نظير موارد ضمان اليد بأنّه لو كان المراد بالأرش فى المقام هو الثانى لزم الجمع بين العوض و المعوّض كما إذا اشترى فرسا بمأة و ظهر فى أحد عينيه عمى، و كان قيمته معيبا بخمسين و صحيحا بمأة و خمسين، و لو استردّ المأة أو سقط عن عهدته كما إذا كان الثمن على عهدة المشترى بمطالبته الأرش يكون كل من العوض و المعوض للمشترى؛ و هذه قرينة قطعية على انّ المراد بالأرش هو ما يلاحظ فيه النسبة و ظهور ما تقدم من الروايات باعتبار الغالب من كون الثمن المسمّى مساويا للقيمة السوقية للشيء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۸

نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن (۱).

صحيحا.

و لكن يمكن الجواب بأنّه كان للاستدلال وجه بناء على تعيّن كون الأرش من الثمن. و امّا بناء على انّه غرامة و لا يتعيّن دفعه من الثمن فلا يكون وجها بل يكون الفرض نظير ما إذا اشترى الغرس بمأة صحيحا و حدث العمى فى إحدى عينه فى ضمن ثلاثة أيام و مع ذلك فالجمع فى الفرض ايضا بين أخذ المأة و تملك الفرس لا يخلو عن تأمّل.

(۱) ثم انّه يبقى فى الأرش بعض الجهات ممّا ينبغى الكلام فيها.

منها انّه هل يتعين على البائع دفع الأرش من الثمن مع إمكانه و مطالبة المشترى أو يجوز له الدفع من غيره حتى فى الفرض؛ ظاهر كلام العلامة فى التذكرة و غيرها و الشهيدين تعيّن الدفع من الثمن فإنّ الأرش جزء من الثمن أو مقدار منه؛ و لكن تردد فى جامع المقاصد فى تعيّن ذلك و قوى المصنف (ره) عدم التعين لأنّه لم يثبت كون الأرش جزءا من الثمن و مجرد ذكره فى بعض الكلمات لا يعيّنه و الثابت انّ البائع يجب عليه الخروج عن الوصف الذى التزم بوجوده للمبيع.

و بتعبير آخر تكليفه بالدفع من الثمن لم يقم عليه دليل و الأصل عدم وجوبه لا- يقال تكليفه بالجامع أى الدفع الشامل للدفع عن النقدين ايضا مجهول فإنّه يقال لا- يجرى الأصل فى ناحية عدم تعلق التكليف بالجامع فإنّه محرز و ان رفع الحكم المزبور خلاف الامتنان.

لا- يقال ظاهر ما دلّ على ردّ التفاوت إلى المشترى كون المردود من الثمن فإنّه يقال يصدق الردّ فيما إذا كان المدفوع إلى المشترى ثانيا من نوع ما أخذ من المشترى ثمنا؛ و كذلك لا دلالة لمثل قوله عليه السلام و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۹

و الّا بطل البيع فيما قابله من الصحيح (۱).

كان فيها على اعتبار كون الأرش من الثمن فانّ الثمن إذا كان كلّيا على العهدة و أراد المشترى أخذ الأرش يسقط عن عهدته مقدار الأرش كما لا يخفى.

ثم انه بناء على جواز الدفع من النقدين و عدم تعين الدفع من الثمن هل يجوز الدفع من غير النقدين من سائر الأموال مما يكون له مالية الوصف أو يتعيّن الدفع من الثمن أو النقدين إلّا إذا رضى المشترى بذلك المال فيكون الدفع به معاوضة لا وفاء لما على البائع من الأرش فالأظهر الثانى؛ لأنّ الضمانات فى سائر الموارد كما يكون بالمثل أو القيمة المتعيّنة بالنقود كذلك الحال فى المقام؛ و ما عن العلامة و الشهيد (قدّس سرّهما) من جواز إعطاء الأرش من غير النقدين حيث ذكرا بأنّه لو ظهر فى أحد العوضين المتخالفين عيب فى بيع الصرف يجوز أخذ الأرش من غير النقدين لا يمكن المساعدة عليه.

(۱) يعنى لو كانت ذمّة البائع مشغولة للمشترى بالوصف بان قيل انّه قد أخذ من المشترى عوض المبيع المقسط على الوصف المفقود و الموصوف فيكون مديونا للمشترى بالوصف فيلزم الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى المقدار المقابل للوصف المفقود لعدم التقابض فى المجلس بالإضافة إليه.

أقول: ما ذكره (قده) من انّ الضمان بالنقدين يختص بالأموال المعيّنة المستقرة على العهدة قبل المطالبة لا فى مثل المقام الذى لم يثبت على العهدة مال من الأول لا يمكن المساعدة عليه فانّ الشىء فى مورد ضمان التغريم ايضا كاللّقطة التى تصدق بها واجدها ان كان مثليّا فيضمن بالمثل و ان كان قيميّا يضمن بالقيمة المتعيّنة بالنقود المتعارفة فى كل بلد و عصر كما هو منصرف ما ورد فى رد قيمة العيب و قيمة النقص و نحوهما من روايات الأرش و يشهد على ضمان الأرش و لو بعد المطالبة بالنقود، انّ المشترى لو طالب غير النقد لم يجب على البائع الإجابة و لو طالب النقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۰

كما انّ لذى الخيار مطالبة النقدين فى غير المقام (۱).

و مما ذكرنا فى معنى الأرش (۲).

لوجبت الإجابة فيكون أداء الأرش بغير النقد بالمراضاة التى كالمعاوضة أو إسقاط ما على العهدة بتملّك غيره و قد تحصّل مما ذكرنا انّه لو قيل باشتغال ذمّة البائع بعد المطالبة بقيمة الوصف لم يلزم محذور، فإنّ الأرش و ان يكون بالنقود الّا انّه غير داخل فى العوضين ليعتبر قبضه فى مجلس العقد.

(۱) قيد فى غير المقام زائد و مراده انّ للمشترى الذى يكون له خيار العيب مطالبة الأرش من النقدين و لا يكون رضا البائع دخيلا فى لزوم الإجابة، كما تقدم، و يحتمل كون غير المقام إشارة الى غير مسألة الصرف حيث لا يجوز فى تلك المسألة مطالبة الأرش من النقدين على ما ظاهر القواعد و التحرير و الدروس.

(۲) ذكر (قده) أنّ أرش العيب لا يستوعب الثمن فإنّه لو فرض انّ معيب الشىء لا قيمة له و لا يبذل بإزائه مال يكون أخذ العوض بإزائه من الأكل بالباطل، فلا يتحقق عنوان البيع على ما ذكرنا فى اعتبار ماليّة العوضين.

نعم ربّما يقال بأنّ العيب المستوعب للقيمة مع حدوثه قبل القبض أو فى زمان خيار الحيوان لا يوجب انحلال البيع و يكون المبيع للمشترى مع استحقاقه الأرش المساوى لتمام الثمن بل يمكن أن يقال بعدم انحلال البيع حتى مع حدوث عيب لا يكون معه الشىء ملكا، كما إذا انقلب الخلّ المبيع قبل قبضه خمرا فإنّ للمشترى حقّ الاختصاص به للتخليل مع استحقاقه تمام الثمن أو مقداره بالأرش

و الوجه فى ذلك انّ حدوث الحدث فى المبيع قبل القبض أو زمان الخيار كالتلف قبل القبض فى مجرّد ضمان البائع لا انحلال البيع بل الانحلال يختص بالتلف و لا يجرى فى التّعيب، و فيه ما تقدم من انّ المستفاد مما ورد فى التلف قبل القبض أو فى الحدث زمان خيار الحيوان ان ما يحدث قبل القبض أو زمان الخيار كالحادث قبل العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۱

الّا ان العلّامة (قده) فى القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية (۱).

و من الظاهر انّ التعيب كذلك لو كان قبل العقد لكان موجبا لبطلان البيع.

(۱) إذا جنى العبد خطاء فانّ للمجنى عليه أو وليّه أخذ أقلّ الأمرين من قيمة العبد و أرش الجناية عن مولاه و لو كان المولى معسرا أو امتنع عن دفع القيمة أو الأرش يجوز للمجنى عليه أو وليّه استرقاق العبد أو بيعه و أخذ قيمته فيما إذا كان أرش الجناية مستوعبا لقيمة العبد و الّا يسترق العبد بمقدار الأرش و يباع العبد و يستوفى المجنى عليه مقدار الأرش و يدفع باقى الثمن الى مولاه.

و إذا جنى العبد عمدا يكون للمجنى عليه أو وليّه حق القصاص، و ان رضى بفداء المولى بقيمة العبد أو أرش الجناية و فداه المولى فهو و الّا يجرى ما تقدم فى الجناية خطاء من جواز استرقاقه أو بيعه لأخذ أقلّ الأمرين من قيمته و أرش الجناية. و فى صحيحة فضيل بن يسار انّه قال فى عبد جرح حرّا فقال ان شاء الحر اقتصّ منه و ان شاء أخذه ان كانت الجراحة تحيط برقبته، و ان كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه فان أبى مولاه ان يفتديه كان للحر المجروح من العبد بقدر دية جراحة و الباقى للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقّه و يرد الباقى على المولى.

و فى رواية أبى محمد الوابشى و لا يبعد كونه ثقة قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قوم ادّعوا على عبد جناية تحيط برقبته فأقرّ العبد بها قال لا يجوز إقرار العبد على سيده فإن أقاموا البيّنة على ما ادّعوا على العبد أخذ العبد بها أو يفتديه مولاه الى غير ذلك.

ثم انّ المقرر فى محله انّه يجوز للمولى بيع العبد الجانى خطاء لأنّه بالجناية لا يسقط عن ملكه و ماله، و إذا انتقل إلى المشترى يتعلّق بالعبد المزبور حتى المجنى عليه، و لا يكون له شيء مع علمه حين الشراء بجناية العبد بخلاف ما إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۲

يعرف الأرش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب (۱).

جاهلا به فانّ له خيار العيب فيجوز له فسخ الشراء أو أخذ الأرش، كما إذا استرق المجنى عليه العبد فإنّ للمشترى الرجوع الى البائع بالأرش و هو تمام الثمن المسمّى.

و امّا بيع العبد الجانى عمدا، فالظاهر جوازه لعين ما تقدم من انّ تعلق حق القصاص لا يوجب سقوطه عن الملك و الماليّة، و قيل انّ جواز البيع مع إجازة المجنى عليه أو وليّه، و مع الإجازة لا يستحقّ المجنى عليه أو وليّه الثمن المسمّى بل له الرجوع الى مولاه بالفداء و الّا استرق العبد على ما تقدم.

و مشترى العبد مع جهله بالحال له خيار العيب، و ان كان علمه بالحال بعد القصاص أو الاسترقاق فله الرجوع الى البائع بالتفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان.

ثمّ انّ المصنف (ره) قد فهم من عبارات العلامة انّ مع استيعاب أرش الجناية قيمة العبد يكون أرش عيبه تمام الثمن فيرجع المشترى الجاهل بالحال بتمام الثمن؛ هذا فى الجناية خطاء، و مع الجناية عمدا يكون أرش العيب بعض الثمن و هو تفاوت قيمة العبد بين كونه جان أو غير جان؛ و لذا ورد عليه أولا- بأنّ الأرش لا يستوعب القيمة و الّا بطل البيع. و ثانيا على تقدير جواز كون الأرش كذلك فالفرق بين الجناية خطاء و عمدا بالاستيعاب فى الأوّل و عدم الاستيعاب فى الثانى بلا وجه.

أقول: لم یظهر التفرقة فی الکلمات المتقدمة بین الجنایة خطاء و الجنایة عمدا بإمکان کون الأرش تمام الثمن علی الأوّل و یکون الأرش بعض الثّمن علی الثانی.

نعم ما ذکره (قده) من عدم إمکان صحة البیع مع کون الأرش تمام الثمن بحیث لا یکون للمعیب قیمة صحیح و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) تعیین الأرش کما ذکره (قده) بمعرفة قیمة الشیء صحیحا و قیمته معیبا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۳

....

و بملاحظة نسبة التفاوت بین القیمتین بمعنی ان یلاحظ نقصان قیمة معیب الشیء عن قیمة صحیحة بأیّ نسبة من نصف أو ثلث أو ربع الی غیر ذلک و یؤخذ بتلک النسبة من الثمن المسمّی أی ینقص عن الثمن المسمّی أو مقداره تلک النسبة و لو کان الثمن المسمّی بمأة و عشرین و قیمة الشیء صحیحا بمأة و خمسین و معیبا بمأة فالتّفاوت بین القیمتین بالثلث فینقص عن الثمن المسمّی أو مقداره ثلثه أی الأربعون.

ثم انّه إذا أمکن تعیین قیمة الشیء صحیحا و قیمته معیبا، کما إذا کان المتبایعان قریبا الی السوق و مطلعین بقیمته أو لم یکونا مطلعین بالقیمة السوقیة لبعدهما عن السوق، و لکن أمکن قیام البیّنة علی القیمة صحیحا و معیبا فالأمر ظاهر.

ثمّ ان البیّنة فی الفرض لا- تدخل فی قول أهل الخبرة فإن قیمة الشیء مما یعرف بالحسّ و لا یحتاج الی الحدس و النظر من بعض الناس خاصة؛ بل یظهر لکل من دخل السوق. نعم ربّما لا یمکن معرفة قیمة الشیء إلّا بالحدس و النظر المختص ببعض الناس و ذلک فی الموردین أحدهما ما إذا لا یعرف وصف الشیء الدخیل فی قیمته الّا بالحدس و النظر ممن یعد خبرة لذلک الشیء کالصّائغ حیث یعرف الذهب و انّه من أی أصنافه و انّ فیه أیّ مقدار من الخلیط مع انّ قیمة أصنافه معلومة لکل من یدخل السوق و یطلع علیها جمیع الناس. و ثانیهما ما إذا لا- یعرف قیمة الشیء إلّا بالحدس لأنّ الشیء لا یکون له فی السوق مثل فعلا لیعلم رغبة الناس به کبعض الأحجار النفیسة و لکن یحدس بأنه لا بدّ من ان یباع فی السوق بکذا، و قد یقال انّ مورد الرجوع الی أهل الخبرة یختصّ بالأخیر و لا یجری فی غیره بل یتعین فی الأوّل من الفرضین التعدّد و العدالة لأنّ الاعتبار فیهما بالبیّنة؛ و فیه انّه لا فرق فی اعتبار العقلاء قول المقوم لکونه من أهل الخبرة بین الفرض الأول و الفرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۴

ثم انه لو تعذر معرفة القیمة (۱).

لو تعارض المقوّمون فیحتمل تقدیم بیّنة الأقل (۲).

الثانی و لا- یعتبرون فی اعتبار قوله الّا الوثاقة. و ما فی صحیحة أبی ولّاد الحنّاط من قوله علیه السلام أو تأتی صاحب البغل بشهود یشهدون انّ قیمة البغل ظاهره القسم السابق علی الفرضین.

بقی فی المقام أمر و هو انّ اعتبار قول أهل الخبرة یختصّ بما إذا لم یمکن معرفة الشیء بالحسّ من عامّة الناس و لو أمکن معرفته بالحسّ مع إمکان معرفته ایضا بالحدس المختص ببعض الناس فلا یدخل الشیء المزبور مما یعتبر فیه قول أهل الحدس، کما ذکرنا تفصیل ذلک فی عدم اعتبار قول المنجم فی اخباره عن رؤیة الهلال و آخر الشهر من المکاسب المحرّمة.

(۱) و لو لم یمکن تعیین قیمة الشیء صحیحا و قیمته معیبا بوجه فهل یکتفی بالأرش بالأقلّ لأنّه المتیقن من استحقاق المشتری علی البائع، أو یکتفی بمقدار المظنون لأنّه یتنزّل الی الظّن مع عدم التمکن من العلم، و یحتمل ضعیفا تعیّن الأکثر لأنّ البائع بدفع الأکثر یخرج عن عهدة عیب الشیء قطعا، و فیه انّ المورد من موارد العلم الإجمالی. بین الأقل و الأکثر الاستقلالیّین و لا مرجع فیه الّا الرجوع

علی عدم الاشتغال بالمقدار الزائد عن الأقل کما لا یخفی.

(۲) ان کان التعارض فی أقوال المقوّمین بحیث یکون الرجوع إلیهم من الرجوع الی أهل الخبرهٔ فاللازم اتباع تقویم من خبرویّته أقوی، کما هو مقتضی السیرهٔ العقلائیهٔ فی موارد الرجوع الی أهل الخبرهٔ، و مع عدم الأولویّهٔ فی خبرویّتهم یسقط اعتبار قولهم لانّ اعتبار قول بعضهم بلا معین و اعتبار کل فی بعض ما یقوله خارج عن مقتضی دلیل الاعتبار، کما هو الحال فی جمیع الطرق المعتبرهٔ سواء قیل باعتبارها بخطاب لفظی أو للسیرهٔ العقلائیهٔ الممضاهٔ شرعا، و لو کان التعارض فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۵

....

المقومین باعتبار ان قولهم یکون من البیّنهٔ و شهادهٔ العدلین فالأمر أیضا کما تقدم، و یکتفی فی الأرش بمقدار الأقل أخذا فی غیره بأصالهٔ عدم الاشتغال، و لیعلم انّ المراد بالأقل لیس الأخذ بالبیّنهٔ الدّالهٔ علی الأقل، فإنّها کما ذکرنا لا تعتبر لتعارضها بالدّالهٔ علی الأکثر، بل المراد المقدار المقطوع کما لا یخفی.

و لکن مع ذلک قد یقال فی تعارض المقوّمین وجوه أخر: الأول: الأخذ بالبیّنهٔ الدّالهٔ علی الأقل لأنّه المتسالم علیه و یرجع فی الزائد عنه إلی أصالهٔ النفی.

الثانی: الأخذ بالأکثر لأنّ بیّنهٔ الأقلّ تثبت الأقل و لا ینفی الأکثر، و بیّنهٔ الأکثر تثبت الأقلّ فی ضمن الأکثر.

الثالث: القرعهٔ فی تعیین الأرش علی طبق احدی البیّنتین لأنّ القرعهٔ لکل أمر مشتبه و منه الأرش فی المقام.

الرابع: تعیّن المصالحهٔ علی الأرش لأنّ کلّ من المتبایعین متمسک بحجّهٔ شرعیّهٔ و لا یمکن لأحدهما الحلف علی الواقع نفیا أو إثباتا لعدم العلم به بل لا یجوز الحلف بالتقویم المفروض لتعارض التقویمین.

الخامس: تخییر الحاکم فی الحکم بالأرش بالمقدار الأقل أو الأکثر نظیر تخییره فی الحکم بمضمون أحد الخبرین المتعارضین، أو بالحکم بأحد طرفی المحذورین لقطع المنازعهٔ و المخاصمهٔ.

السادس: ما ذکر المصنف (ره) من انّه أقوی الوجوه و علیه معظم الأصحاب من العمل بالبیّنتین فی بعض مدلول کلّ منهما کما لو ذکر مثلا أحدهما انّ صحیح الشیء یساوی عشرهٔ و قالت الأخری أنّه یساوی ثمانیهٔ یؤخذ قیمهٔ صحیحهٔ تسعه حیث یعمل فی نصفه بالبیّنهٔ الأولی و فی نصفه الآخر بالبیّنهٔ الثانیهٔ.

و ذکر فی وجه ذلک انّ العمل بکل من الدلیلین مهما أمکن، و لو فی بعض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۶

ثم ان المعروف فی الجمع بین البیّنات (۱).

مدلولهما أولی من طرح کلاهما أو أحدهما رأسا فی حقوق النّاس بخلاف الأحکام الشرعیهٔ التی تکون من حقوق اللّه حیث انّ الامتثال الاحتمالی للتکلیف الواقعی فی حقوق اللّه لا یقصر عن التبعیض، بل یکون أولی منه، کما فی دوران الأمر بین المحذورین مع تکرار الواقعهٔ، فإنّه لا یبعد أن یقال الأخذ بالموافقهٔ الاحتمالیّهٔ أولی من الأخذ بأحد الاحتمالین فی واقعه، و الأخذ بالاحتمال الآخر فی واقعهٔ أخری لأنّ الموافقهٔ القطعیّهٔ الملازمهٔ للعلم بالمخالفهٔ القطعیهٔ لا تعتبر فی الأحکام بخلاف حقوق الناس فانّ رعایتها فی الجملهٔ أولی من ترک بعضها رأسا.

أقول: العمل بکل من البیّنتین فی بعض مدلولهما مع تعارضهما فی ذلک البعض ایضا لا یحرج عن الجمع التبرّعی، و لا یکون داخلا فی الجمع الدلالی من غیر فرق بین الأحکام الشرعیّهٔ و حقوق الناس؛ و علیه فلا یعمّ دلیل الاعتبار لا أحدهما تعیینا و لا تخییرا فان قام

فى مورد دليل على العمل بأحدهما كما ذكر فهو و الّا تسقطان و يرجع الى الأصل العملى و مع الأصل العملى لا يكون المورد من موارد القرعة فإنّ مع ظهور الحكم الشرعى فى الواقعة و لو كان ظاهريا لا يكون المورد من المشتبه و المشكل كما لا يخفى.

(۱) ثم ان المعروف فى الجمع بين التقويمات جمع القيم الصّحيحة، و كذا القيم المعيبة و يؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و كذا عن القيمتين للمعيب و يلاحظ نسبة التفاوت بين النصفين، و ان كان القيم للصحيح ثلاثة يؤخذ بثلث المجموع؛ و بهذا يظهر ما إذا كانت القيم أزيد.

و عن السيد اليزدى (قده) انّه لا ـ حاجة الى تنصيف القيمتين أو تثليثهما، بل يكفى ملاحظة نسبة تفاوت مجموع القيم للمعيب الى مجموع القيم للصحيح ليؤخذ من الثمن المسمّى بتلك النسبة لأنّ نسبة المجموع الى المجموع لا تختلف عن نسبة نصف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۷

و قد يحتمل الجمع بطريق آخر (۱).

أحد المجموعين الى نصف المجموع الآخر.

و إذا قال أحدهما ان صحيحة يساوى اثنى عشر و معيبه ستّة، و قال الآخر صحيحة يساوى ثمانية و معيبه أربعة فإنّ نسبة العشرة إلى العشرين يساوى نسبة الخمسة إلى العشرة.

و يمكن ان لا ـ يلاحظ مجموع قيمتى الصحيح و مجموع قيمتى المعيب بل يلاحظ التفاوت بين القيمتين للصحيح و يعمل بكل من التقويمين فى ذلك التفاوت، و لو قال أحدهما انّ صحيحة يساوى اثنى عشر، و قال الآخر انّه يساوى ثمانية فالتفاوت و هى الأربعة يؤخذ فى نصفها بالتقويم الأكثر، و فى نصفها الآخر بالتقويم الأقل فيكون قيمة الصحيح عشرة؛ و كذا الحال فى ناحية قيمتى المعيب و ذكر المصنف (ره) لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول. أقول لم يعلم الاختلاف بينهما ليقال انّ الأظهر هو الوجه الأوّل.

و ذكر الكمپانى (قده) انّه لا تعارض فى اختلاف المقوّمين فيما إذا لم تختلف النسبة فى التفاوت بين قيمة المعيب و الصحيح على كلا التقويمين، كما إذا قال أحدهما انّ صحيحة يساوى اثنى عشر و معيبه ستة، و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية و معيبه أربعة فإن النسبة فى التفاوت على كل من التقويمين النصف فيؤخذ من الثمن المسمّى بنصفه من غير أن يكون بين البيّنتين تعارض. و فيه انّ ما ذكر من النسبة مدلول التزامى لكل من البيّنتين، و مع تعارضهما فى مدلولهما المطابقى لا تصل النوبة إلى الأخذ بمدلولهما الالتزامى.

(۱) و قد يذكر فى المقام طريق آخر للجمع بين البيّنتين منسوب الى الشهيد (قده) فى الروضة و حاصله ملاحظة النسبة فى التفاوت بين القيمة المعيب الى الصّحيح فى كلّ من التقويمين و يعمل بكل منهما بالإضافة إلى نصفى الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۸

و قد ينقص عن الأوّل (۱).

المسمّى، كما إذا قال أحدهما انّ صحيحة يساوى اثنى عشر و معيبه ستة فالنسبة فى هذا التفاوت النصف، و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية و معيبه ستة فالنسبة فى هذا التفاوت هو الرّبع فالأرش على الطريق الأول خمسين من الثمن المسمّى؛ و إذا فرض انّ الثمن المسمّى كان عشرة فالأربعة هى الأرش، و على الطّريق المنسوب الى الشهيد فى نصف الثمن المسمّى اثنان و نصف و فى نصفه الآخر واحد و ربع الواحد فيكون المجموع أربعة إلّا ربع الدرهم.

(۱) قد يكون الأرش على الطريق المنسوب الى الشّهيد (قده) أقلّ منه على طريق المشهور.

كما إذا قال أحدهما انّ صحيحة عشرة و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية مع اتفاقهما على انّ معيبه ستّة فتكون القيمة المنتزعة للصحيح على طريق المشهور تسعة و التفاوت بين الستة و بينه بالثلث، و إذا فرض الثمن المسمّى اثنى عشر يكون ثلثه أربعة دنانير.

و امّا على طريق الشهيد تكون نسبة تفاوت الستة إلى الثمانية بالربع فيؤخذ بنصف الربع أى ثمن الثّمن المسمّى المفروض الاثنى عشر فيساوى واحدا و نصفا و نسبة تفاوت الستة إلى العشرة بخمسين فيؤخذ بنصفه و هو خمس الاثنى عشر فخمس العشرة اثنان و خمس الاثنين الباقى من الثمن المسمّى أربعة أعشار من أعشار كل من الاثنين فيكون المجموع ثلاثة دنانير و تسعة أعشار الدينار الواحد لأنّ الدينار يساوى خمسة أعشار من عشرة أعشار دينار واحد. و بتعبير آخر يجمع بين الواحد و النصف و هو نصف الأرش على أحد التقويمين مع الاثنين و أربعة أعشار الواحد و هو النصف الآخر من الأرش على التقويم الآخر، فيكون المجموع ثلاثة دنانير و تسعة أعشار من عشرة أعشار الواحد فينقص الأرش على هذا الطريق عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۹

....

طريق المشهور بنصف خمس أى عشر واحد من عشرة أعشار الدينار الواحد.

و ذكر المصنف (ره) انّه إذا اختلف المقومون فى قيمة صحيح الشىء مع اتفاقهم على قيمة معيبه يختلف طريق المشهور عن طريق الشهيد دائما؛ و علّله بأنّ نسبة تفاوت قيمة معيب الشىء إلى صحيحة تكون متعددة على طريق الشهيد بخلاف طريق المشهور، فإنّ الأرش عليه نسبة واحدة مأخوذة من تفاوت قيمة معيب الشىء إلى القيمة الصحيحة المنتزعة من القيمتين، و هذه النسبة لا تختلف فى اجزاء القيمة المنتزعة مع تساوى الأجزاء و يتعدد مع عدم تساويها كما هو الحال على طريق الشهيد.

ثم ذكر (قده) انه إذا كان الاختلاف فى المعيب مع الاتّفاق على قيمة الصحيح فيتّحد الطريقان دائما و علّله بأنّ نسبة قيمة الصحيح الى نصف القيمة الحاصلة من القيمتين للمعيب التى طريقة المشهور مساوية لنسبة نصف قيمة الصحيح الى نصف احدى القيمتين المذكورتين للمعيب، و نسبة نصفه الآخر الى نصف القيمة الأخرى من القيمتين للمعيب، كما إذا اتّفقا على انّ صحيح الشىء يساوى اثنى عشر مع كون الثمن المسمّى اثنى عشر و قال أحدهما ان معيبه ثمانية و قال الآخر انّه ستة فإنّه على المشهور يؤخذ للمعيب قيمة منتزعة و هو سبعة و التفاوت بين السّبعة و اثنى عشر خمسة؛ و هذا يساوى مع تفاوت ثلاثة مع ستة و تفاوت أربعة مع ستّة.

أقول: ما ذكر (قده) و ان كان صحيحا لا يختلف الطّريقان مع الاتفاق على القيمة للصحيح الّا انّ الوجه الّذى ذكره لاختلاف الطّريقين فيما إذا كان الاختلاف فى قيمة الصحيح مع اتفاقهما على قيمة المعيب يجرى فى هذا الفرض ايضا. و الظاهر انّ الوجه فى اختلاف الطريقين مع الاختلاف فى قيمة الصحيح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۷۰

ثم ان الأظهر بل المتعيّن هو الطريق الثّانى (۱).

و الاتفاق على المعيب الاختلاف فى العدد الأكبر، و عدم اختلاف الطريقين عند الاختلاف فى معيب الشىء الاتفاق على العدد الأكبر.

و ذكر (قده) انّه إذا كان الاختلاف بين المقوّمين فى قيمة الشىء صحيحا و معيبا انّه ان اتّحد نسبة قيمة معيب الشىء إلى قيمة صحيحة فى كل تقويم مع نسبتهما فى التقويم الآخر فلا يختلف الطريقان، و ان لم يتحدا فقد يتّحد الطريقان و قد يختلفان.

أقول: مع عدم اتّحاد نسبة التفاوت فى أحد التقويمين مع النسبة فى التقويم الآخر يختلف الطريقان لا محالة و لم يتقدم منه (قده) مثال ما إذا اختلفت النسبتان و تتّحد نتيجة الطريقين. فتأمّل جيّدا.

(۱) ذكر (قده) ان المتعين من الطريقين المنسوب الى المشهور و المنسوب الى الشهيد هو الثّانى سواء كان المدرك للعمل بالبيّنتين أولويّة الجمع بينهما فى العمل بان يعمل بكل من البيّنتين فى نصف المبيع أو كان العمل بكل منهما للجمع بين حقّى البائع و المشترى

نظير مـا يـذكر من تنصـيف الـدرهم فى مسألـة ما ذا أودع عنـده أحـد درهمين و الآخر درهما و تلف أحـد الـدّراهم فانّ الـدّرهم من الدّرهمين الباقيين لصاحب الدّرهمين و الآخر ينصّف بينهما ليذهب من كل منهما نصف درهم.

و الوجه فى تعين الطّريق الثانى بناء على أولويّة الجمع ان مقتضـى الجمع و إن كان تعيين قيمة نصف الشـىء صحيحا و معيبا على طبق أحد البيّنتين و تعيين قيمة أخرى لنصـفه الآخر على طبق البيّنة الأخرى فيكون قيمة الشـىء صـحيحا مجموع قيمتى النصـفين صـحيحا و مجموع قيمتى النصفين معيبا.

و إذا قال أحدهما انّ صـحيحة يساوى اثنى عشـر و معيبه عشـرة و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية و معيبه خمسة يكون قيمة نصفه صحيحا ستة و نصفه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۷۱

....

بالأربعة، فيكون المجموع عشـرة و قيمة نصـفه معيبا خمسة و قيمة نصفه الآخر باثنين و نصف، فيكون المجموع سبعة و نصف الّا انّه لا موجب لملاحظـة النسـبة بين سـبعة و نصف و عشـرة بـل يعتبر ملاحظـة النسـبة فى نصف الشـىء بإحـدى البيّنتين، و فى نصـفه الآـخر بالأخرى ليعمل بهما فى نصفى الشيء.

لا يقال يشـبه ما نحن فيه بما إذا بيع الشـيئين المختلفين قيمة بصـفقة واحدة، كما إذا باع العبد و الأمة باثنى عشر درهما و ظهر كل من العبد و الأمة معيبا و كان قيمة العبد صـحيحا أربعة و معيبا باثنين و نصف و الأمة تساوى صحيحة ستة و معيبة بالخمسة فإنّه لا شبهة فى انّه تلاحظ النسبة فى الفرض بين العشـرة التى قيمة منتزعة لمجموع صـحيح العبد و الأمة و بين السبعة و النّصف التى قيمة لمجموعهما معيبين فيكون التفاوت ربعا فيؤخذ من الثمن المسمّى ربعه أى ثلاثة دنانير.

فإنه يقال إذا اشترى الأمـة و العبد باثنى عشـر درهما فقد اشترى كلا منهما بثمن يخالف الآخر و يقسط ذلك الثمن على كلّ من العبد و الأمة بحسب قيمة كل منهما.

و بتعبير آخر كما يقسط ذلك الثمن الواحد على الشّيئين بحسب قيمة كلّ منهما فيما احتيج الى التقسـيط، كما إذا ظهر أحدهما ملك الغير أو لغير ذلك، و كـذلك الأرش يقسط عليهما بحسب قيمة كل منهما فيقسّط ربع الثمن أى ثلاثة دنانير على كل من العبد و الأمة حيث انّ مـا يقع بـإزاء الجاريـة من الاـثنى عشـر سـبعة و خمس و ما يقع بإزاء العبـد و أربعـة أربعـة أخماس و السـدس من ربع الثمن المسمّى أرش للجارية أى واحد و خمس و الباقى من ثلاثة دنانير و هو دينار و هو دينار و أربعة أخماس أرش للعبد و هو ثلاثة أثمان قيمته كما لا يخفى.

و هـذا بخلاف ما نحن فيه فانّ الثمن المسـمّى المبـذول بإزاء الشـىء كان بنسـبة واحدة بالإضافة إلى نصـفى الشـىء و إذا أريد العمل بإحدى البيّنتين فى نصف ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۷۲

فالمتعيّن هو الطّريق الثّانى أيضا (۱).

الشيء و بالأخرى فى نصفه الآخر فلا بدّ من تعيين الأرش نصفين بنسبتين.

(۱) و حاصـله انّه لو كـانت البيّنتـان مختلفتين سواء كـان مفادهما المطابقى بيان تلك النسـبة أو تعيين القيمـة لصـحيحة و معيبه يكون الجمع بين حقّى البائع و المشترى هو الأخـذ بإحـدى النسـبتين بالإضافة الى نصف الثمن المسـمّى و بالبينة الأخرى فى نصـفه الآخر، و يحصل للأرش نسـبة تكون متوسـطة بين النّسـبة الزائدة و الناقصة، كما إذا شهدت إحداهما بأنّ التفاوت بين قيمتى الصّحيح و المعيب

بالسدس فالأرش على هذه النسبة من الثمن المسمّى المفروض كونه اثنى عشر اثنان و شهدت الأخرى بأنّ التفاوت بينهما بثلاثة أثمان فالأرش على هـذه النسـبة أربعـة و نصف فيؤخـذ من كل من الأرشـين نصـفه و يجمع فيكون ثلاثـة و ربع فيكون الأرش سـدس الثمن المسمّى و نصفه و ثمن السدس حيث ان السدس من الثمن المسمّى اثنان و نصفه واحد و ثمنه أى ثمن الاثنين يكون ربع الواحد.

و لو شهدت احدى البينتين انّ صحيحة اثنا عشر و معيبه عشرة و شهدت الأخرى انّ صحيحة ثمانية و معيبه خمسة فلا بدّ من جعل قيمة لصحيحة تكون متوسطة بالإضافة إلى نسبة قيمة الشيء صحيحا الى قيمته معيبا التى يذكرها احدى البيّنتين؛ و بالإضافة إلى نسبة أخرى فى قيمة الشّيء صحيحا الى قيمته معيبا التى تذكرها البيّنة الأخرى.

أقول: لا- ينبغى الريب فى انّ كلا- من الطّريق المنسوب الى المشـهور و الطريق المنسوب الى الشـهيد خروج عن الأصل، و فيهما جمع بين الحقّين أى لحاظهمـا و لا- ينبغى التّأمـل أيضـا فى انّ الطريق الثـانى أكثر جمعـا بينهما حيث انّ المألوف فى مقامات الاختلاف فى الدعاوى المالية المردّدة بين الأقل و الأكثر ان يلاحظ ما به التفاوت و يؤخذ بنصفه فى مقام المصالحة الّا انّ الكلام فى تعيّن ذلك فى المقام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۷۳

[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد]

اشارة

الشرط يطلق فى العرف على معنيين (۱).

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۴، ص: ۳۷۳

و سائر المقامات التى تشـبه المقام؛ و الأظهر عدم تعيّن ذلک و ان للبائع الاقتصار بالأرش الأقل حتى يثبت الأكثر؛ و لذا لو تردّد الدين بين الأقـل و الأـكثر. فلا يلزم المـديون بغير الأقل الّا ان يثبت بطريق معتبر الأكثر و لو كان الجمع بين الحقين فى المقام متعيّنا لتعيّن فى مسألة الدين المردد بين الأقل و الأكثر كما لا يخفى.

و قـد تقدّم ايضا انّ دليل اعتبار أى طريق و منه ما دلّ على اعتبار البيّنة لا يعمّ صورة التّعارض سواء كان التعارض فى تمام المدلول أو فى بعضه، كما إذا ذكر كل بينة لصـحيح الشـيء قيمة و لمعيبه أخرى سواء فرع على ذلک نسـبة الأرش أم لا، أو ذكر كل بيّنة للأرش نسبة من غير تعرض لقيمة صـحيح الشـيء و معيبه بحيث تكون النسبة فى إحداهما غير النسبة فى الأخرى و الّا لم يكن بينهما تعارض أصلا فتدبّر جيّدا.

(۱) ذكر (قـده) ان الشّرط يطلق على معنيين لغـة أحدهما معناه المصدرى أى الإلزام و الالتزام بأمر و يكون الإلزام من المشـروط له و الاـلتزام من المشـروط عليه، و ذكر فى القـاموس كون الإـلزام و الالتزام فى البيع و نحوه و ظاهره عـدم إطلاق الشـرط حقيقـة أو عـدم صحّته على الإلزام و الالتزام الابتدائيين.

و لكن لا يمكن الالتزام بعدم صحة الإطلاق حيث ان إطلاقه فى الاخبار على الإلزام الابتدائى أو الالتزام كذلک شائع كما يفصح عن ذلک ما ورد فى حكاية بيع بريرة من قوله (ص) قضاء اللّه أحق و شـرطه أوثق و الولاء لمن أعتق، حيث ان المراد من شرط اللّه حكمه

فلا یثبت ذلک الولاء لغیر المعتق کالبائع و لو بالاشتراط فی بیع العبد.

و قوله علیه السلام فی الرّد علی مشترط عدم التزوج بامرأة أخری فی النکاح ان شرط اللّه قبل شرطکم حیث ان المراد بشرط اللّه تجویز التزوج بامرأة اخری متعة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷۴

....

مطلقا و دواما إلی أربع.

و فی صحیحة عاصم بن حمید عن محمّد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل تزوج امرأة و شرط لها ان هو تزوج علیها امرأة أو هجرها أو اتخذ علیها سریة فهی طالق فقضی فی ذلک ان شرط اللّه قبل شرطکم فان شاء و فی لها بما اشترط الحدیث.

و ما فی بعض روایات خیار الحیوان ما الشرط فی الحیوان قال إلی ثلاثة أیام و فی غیره الی ان یفترقا فان کلا من خیاری الحیوان و المجلس تأسیسی من الشارع فیدخل فی حکمه، و قد أطلق الشرط علی النذر و العهد و الوعد فی بعض اخبار الشرط فی النکاح و فی صحیحة منصور بن برزخ أو موثقته عن عبد صالح علیه السلام، قال قلت له انّ رجلا من موالیک تزوج امرأة ثم طلّقها فبانت منه فأراد أن یراجعها فأبت علیه الّا ان یجعل للّه علیه ان لا یطلّقها و لا یتزوج علیها فأعطاها ذلک ثم بدا له فی التزوج بعد ذلک فکیف یصنع فقال بئس ما صنع و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النّهار، قل له فلیف للمرأة بشرطها فانّ رسول (صلی اللّه علیه و آله) قال المؤمنون عند شروطهم.

و قد ذکر فی الحدائق ان إطلاق الشرط علی البیع فی الأخبار کثیر و الحاصل لا شبهة فی استعمال الشرط فی الحکم و الالتزام الابتدائی و لا یبعد کونه حقیقة بأن یکون المعنی الظاهر من الشرط هو الإلزام و الالتزام سواء کان فی ضمن عقد أو کان ابتدائیا فان أولویّة الاشتراک المعنوی علی المجاز یقتضی ذلک، و لا یتبادر من قوله شرط فلان علی نفسه کذا الّا الالتزام علی نفسه و لو کان ابتدائیا و لذا استدل علیه السلام بالنبوی المزبور (المؤمنون عند شروطهم) علی لزوم الوفاء بالنذر و العهد عند ارادة نکاح المرأة و لا حجة فیما ذکر القاموس علی انحصار الشرط بما کان فی ضمن عقد لتفرده بذلک و لعله لم یلتفت الی الاستعمالات المشار إلیها و الّا ذکرها و لو مع الإشارة إلی مجازیّتها.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷۵

....

و قد یتجوز الشرط بالمعنی المصدری و یراد منه المشروط کالخلق المراد به المخلوق و لذا یحمل الشرط علی الأمر المتعلق به الإلزام و الالتزام.

أقول ما ذکر (قده) من أولویة الاشتراک المعنوی عن المجاز ثبت فی محلّه انّ مثل هذه الأمور الاستحسانیّة لا یثبت اللغة و انه لا یتبادر من قوله شرط فلان علی نفسه کذا غیر الالتزام بذلک الأمر و لو ابتداء فهذا غیر ثابت حیث ان سعة معنی الشرط و شموله الإلزام و الالتزام الابتدائین غیر ظاهر و العنایة و المجاز فی الاستعمال خارج عن مورد الکلام مع ان استعمال الشرط فی قضیّة حکایة بریرة و کذا فی قول علی علیه السلام لمشترط عدم التزوج علی امرأة أخری من قبیل المعاملة و الإطلاق بالمشاکلة نظیر قوله تعالی فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ و قوله علیه السلام لا تنقض الیقین بالشک و، لکن تنقض الشک بالیقین الی غیر ذلک.

و علی الجملة إطلاق الشرط علی الالتزام الابتدائی بحیث یکون الوعد للغیر داخلا فی عموم قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم غیر محرز لو لم نقل بإحراز عدمه و لذا لم یرد فی شیء من الأخبار الواردة فی الأمر بالعمل بالوعد أو العهد التعلیل بالعموم المزبور، نعم

علل الأمر فی بعضها بالأمر بالوفاء بالعقود و بقوله سبحانه لِمَ تَقُولُونَ مٰا لٰا تَفْعَلُونَ فراجع.

ثم انّه بعد البناء علی انه یعتبر فی الشرط تحقّقه فی ضمن معاملة یقع الکلام فی ان ارتباطه بالمعاملة بمجرد الظرفیّة کما هو ظاهر القاموس أو انّه نحو آخر نتعرّض لذلک عن قریب إنشاء اللّه تعالی و یظهر من المصنف فی الأمر الأول من شروط صحّة الشرط انّ ارتباط الشرط بالمعاملة تعلیق التراضی بها علی حصول المشروط خارجا.

و فیه ما تقدم من انّ التراضی فی المعاملة لیس بمعنی طیب النفس و علی تقدیره فالتعلیق یوجب بطلان المعاملة مع تخلف الشرط أو مطلقا.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷۶

الثانی ما یلزم من عدمه العدم (۱).

---

(۱) و هذا هو المعنی الثانی من المعنیین العرفیین للفظ الشرط عنده (قده) و ما یلزم من عدمه العدم یعم کل دخیل فی حصول الشیء بحیث لولاه لم یکن ذلک الشیء فیدخل فیه السبب و المقتضی و الشرط و مثل الوضوء و استقبال القبلة الی غیر ذلک و ذکره (قده) ان الشرط بهذا المعنی اسم جامد لا یشتق منه شیء بالأصل أی إذا لم یؤوّل الشرط بهذا المعنی الی معنی حدثی نعم لو أوّل إلی معنی حدثی کجعل الشیء بحیث لا یحصل الشیء الآخر بدونه فیقال للجاعل الشارط و للشیء الآخر کالصلاة بالإضافة إلی الوضوء و الاستقبال و نحو هما المشروط و هذا الإطلاق لیس بنحو التضایف فی الفعل و الانفعال و الّا فلا بد من إطلاق الشارط علی الجاعل و المشروط علی مجعوله ای نفس الوضوء أو الحکم المتعلّق بالصلاة المتقیدة بالوضوء و غیره و بتعبیر آخر الشرط بهذا المعنی کالسبب اسم جامد و اشتقاق الشارط و المشروط منه کاشتقاق المسبّب بالکسر و الفتح من لفظ السبب حیث یطلق المسبب بالکسر علی جاعل السبب کما فی الدعاء یا مسبب الأسباب و المسبب بالفتح یطلق علی الحاصل من السبب و هذا الإطلاق أیضا لیس بنحو التضایف فلا یکون اشتقاقا علی الأصل لأن المسبّب بالکسر جاعل السببیّة للشیء فیکون المسبب بالفتح علی التضایف نفس السبب لا الأمر الحاصل عن السبب.

و قد تحصّل انّ الشرط له معنیان أحدهما الحدثی و ثانیهما معنی الاسم الجامد نظیر ما یقال من ان لفظ أمر معناه الطلب و معناه الآخر الشیء.

و امّا إطلاق الشرط فی اصطلاح علماء الأدب علی الجملة الّتی تقع تلو اداة الشرط فهو مأخوذ عن المعنی الثانی أی ما یلزم من عدمه العدم کما انّ ما یطلق علیه الشرط فی اصطلاح أهل المعقول مأخوذ من هذا المعنی غایة الأمر أضیف إلیه قیود لیمتاز الشرط عن السبب و المانع باصطلاحهم فیکون کل من الاصطلاحین من نقل اللفظ عن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷۷

[الکلام فی شروط صحة الشرط]

[أحدهما ان یکون داخلا تحت قدرة المکلف]

أحدهما ان یکون داخلا تحت قدرة المکلف (۱).

معناه العام الی بعض افراده و لا یحمل الشرط فی الاستعمالات العرفیّة الّا علی أحد الأوّلین فإن کان فی البین قرینة علی تعیین أحدهما فهو و الّا یکون الخطاب مجملا.

أقول الظاهر انّ الشرط یطلق علی الالتزام بالعمل أو ثبوت الحق لکن لا مطلقا بل فیما کان داخلا فی التزام معاملی و إذا قال بعث مالی

بکذا و اشترطت علیه خیاطة ثوبی ظاهره إدخال التزام الطرف بخیاطة ثوبه فی البیع و الإدخال لیس بمعنی الظرفیّة کما هو ظاهر القاموس بل بنحو تعلیق نفس الالتزام المعاملی علی التزام الطرف بذلک العمل أو ثبوت الحق و قد تقدم تفصیل الکلام فی ذلک فی باب شرط الخیار. و اما الإلزام فهو خارج عن معنی الشرط بل جوازه أمر مترتب علی صحّة الشرط فی المعاملة و نفوذه حیث یکون للمشروط له إلزام الآخر بالعمل أو رعایة الحق کما لا یخفی.

و لا ریب فی انّ المراد من قوله (ص) المسلمون عند شروطهم هذا المعنی بقرینة تطبیقه فی بعض الروایات علی الشرط فی المعاملة حتی فی روایة منصور بن برزخ حیث ذکر فیها ما یدل علی انّ المراد الالتزام بالعمل و إعطاء هذا الالتزام للمرأة فی نکاحها و لذا ذکر سلام اللّه علیه فیها فلیف للمرأة بشرطها و اما الشرط بالمعنی الآخر الّذی ذکره ای ما یلزم من عدمه عدم شیء آخر فلم یظهر انّ هذا معناه لغة و الشاهد صدق الشرط علی موارد قیام البدل سواء کان البدل اختیاریا أو اضطراریا.

و لا یبعد ان یکون معنی الشرط لغة الدخیل فی حصول شیء آخر سواء کانت دخالته جعلیة کما فی قیود المأمور به أو الموضوع أو نفس الحکم أو کانت واقعیة و بهذا الاعتبار یطلق الشرط علی الجملة الواقعة فی تلو اداة الشرط و ما هو من اجزاء العلّة التامّة للشیء عند أهل المعقول.

(۱) ذکر (قده) بما حاصله انه یعتبر فی نفوذ الشرط و صحته کونه ای المشروط مقدورا علی المشروط علیه بان یمکن له تسلیم المشروط الی المشروط له سواء کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷۸

....

الشرط غیر المقدور صفة فی أحد العوضین و المراد بالصفة الأمر الاستقبالی فی ذلک العوض کما إذا قال بعت هذه الدابّة علی ان تحمل مستقبلا أو هذه الأمة علی ان تلد مستقبلا ذکرا أو کان المشروط عملا ای فعلا لا یتمکن علیه المشروط علیه کما إذا قال بعتک هذا الزرع علی ان یجعل سنبلا أو بعت البسر علی ان یجعل تمرا و قد مثل بما ذکر شرط العمل غیر لمقدور فی القواعد و الظاهر انه أراد أن یجعل اللّه الزرع أو البسر سنبلا أو زرعا فانّ صدور مثل هذه الأفعال عن المشروط علیه ممتنع لا یشترط علی المشروط علیه فی بناء العقلاء و یبعد من الفقهاء ان یتعرّضوا لأمر خارج فی المعاملات عن بناء العقلاء بخلاف ما إذا اشترط فی المعاملة فعل الغیر فان تعلیق التراضی بالمعاملة علی حصول فعل الغیر یقع من العقلاء.

و علی الجملة لا یحتمل ان یکون مراد العلامة و غیره ممن ذکر هذا الاعتبار الاحتراز عن مثل شرط اجتماع الضدّین أو ارتفاع النقیضین و لذا لم یذکروا هذا الاشتراط فی بابی الإجارة و الجعالة و یغنی عن هذا الاشتراط اشتراط جواز المشروط و إباحته بل المراد کما ذکرنا الاحتراز عن اشتراط فعل الغیر فان اشتراط فعل الغیر اولی من اشتراط الوصف الحالی فی المبیع فانّ الوصف المزبور خارج عن قدرة البائع حیث لا یمکن تحصیله ان لم یکن حاصلا بخلاف فعل الغیر فإنه یمکن ان یتوسّل الی حصوله بالاستدعاء و غیره فیکون قوله بعت الزرع علی ان یجعل سنبلا ظاهرا فی اشتراط ان یجعله اللّه سنبلا نعم یحتمل ان یکون المراد جعل البائع فتکون کنایة عن إیجاد مقدماته الإعدادیة من سقیه و نزع الحشیش من حوله کما یظهر ذلک مما ذکره فی الشّرائع و علی ذلک فیدخل فی الشرط المقدور کما لا یخفی.

أقول قد تقدم ان الشرط فی المعاملات أخذ الالتزام و إعطائه بنحو ما ذکرنا و الالتزام لا یتعلّق الا بفعل النفس فان غیره غیر مقدور للملتزم و علیه فلو کان الشرط بمعنی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷۹

و کیف کان فالوجه فی اشتراط الشرط المذکور (۱).

المشروط فعلا فلا بد من كونه مقدورا للمشروط عليه و ان كان وصفا سواء كان حاليا أو استقباليا فلا معنى لاشتراطه الّا الالتزام بثبوت حق الخيار لصاحبه على تقدير عدم ذلك الوصف فانّ الخيار لكونه حقّا يكفى فى ثبوته نفس الاشتراط لا يكون من شرط غير المقدور.

(۱) استدل (قده) على اعتبار كون الشرط مقدورا للمشروط عليه مع عدم الخلاف فيه بأنه مع عدم كونه مقدورا لا يتمكن على تسليم الشرط فيما كان فعلا كما لا يتمكن على تسليم المبيع مع الوصف فيما كان المشروط الوصف فيه قبل قبضه من المشترى لأنّ حصول الشرط أو الوصف المزبور بضرب من الاتفاق فلا يناط بإرادة المشروط عليه فيكون البيع غرريا لارتباط العقد بما لا وثوق لحصوله.

لا يقال ما ذكر من كون حصول الوصف بضرب من الاتّفاق و لا يناط بإرادة المشروط عليه يجرى فى- اشتراط الوصف الحالى أيضا مع انه لا- ينبغى الريب فى جواز اشتراط الوصف الحالى فى المبيع كاشتراط كون العبد كاتبا فعلا أو الدابّة حاملا كذلك. فإنه يقال بالفرق بينهما للإجماع على جواز الثانى دون الأوّل و ان اشتراط الوصف الحالى مبنى على وجود الوصف حال البيع فيكون من اخبار البائع بوصف المبيع و ان لم يكن وجوده معلوما بالوجدان للبائع المخبر فضلا عن المشترى حيث يكفى فى توصيف المبيع بالوصف كونه مقتضى الأصل أو موثوقا حصوله بخلاف اشتراط الوصف الاستقبالى فإنه لا يبتنى على وجود الوصف فيكون البيع معه غرريّا.

ثم ذكر انّه يظهر من الشيخ (قده) و القاضى (ره) جواز اشتراط الوصف الاستقبالى و انه لو تحقق الأمر الاستقبالى كحمل الدابّة فالبيع لازم و ان لم يحصل يثبت للمشترى الخيار فيكون اشتراط القدرة على الشرط مورد الخلاف الّا ان يكون مرادهما من اشتراط كون الدابّة تحمل مستقبلا اشتراط أمر حالى فى الدابّة فلا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۸۰

....

معه اشتراط القدرة فى الشرط محل الخلاف.

أقول قد تقدم ان اشتراط وصف فى أحد العوضين حالا أو استقبالا مرجعه الى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه الوصف و مع الخيار لا يثبت للبيع لزوم فلا معنى لكون البيع مع شرط الوصف غرريّا لأنّ الغرر هى الجهالة فى نفس البيع لا فى حكمه من اللزوم و الجواز و المفروض انّ البيع لا جهالة فيه و انّ المعاوضة قد حصلت بين العين و الثمن سواء كانت العين على الوصف أو على خلافه.

و بتعبير آخر العين تعلق بها البيع مطلقا غاية الأمر لا لزوم له مع عدم الوصف.

و مما ذكر يعلم انّه لو اشتراط فى المعاملة فعل ثالث فمرجعه الى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه ذلك الفعل فلا يكون الشرط محكوما بالبطلان.

و الحاصل الخيار لأحد المتعاملين أو كلاهما لا يحتاج الى سبب خاص بل يحصل فى المعاملة بمجرّد الاشتراط فيكون كسائر الأمور الإنشائيّة المعبر عنها بشرط النتيجة فإنّ اشتراطها فى المعاملة لا بأس به على تقدير عدم توقّف ذلك الأمر الإنشائى على سبب خاص فانّ الشرط مع التوقف على سبب خاص لا يصح لا لكونه غير مقدور بل لأنّ ثبوته بالشرط لا يستفاد من أدلة نفوذ الشروط و ان الشرط لا يكون مشرعا و لا يصح فيما خالف الكتاب و السنّة هذا كلّه فى شرط غير الفعل الاختيارى للمشروط عليه و امّا فيه فيأتى انه يثبت فيه الحكم التكليفى و لا يكون اشتراطه مجرد اعتبار الخيار.

و إذا كان الفعل المشرط مركبا من فعل المشروط عليه و غيره كما إذا باع الشيء و اشترط على المشترى ان يبيعه من ثالث فهل هذا من اشتراط الفعل المقدور بان يكون الشرط مجرّد إيجاب البيع على تقدير اقدام الثالث بالشراء أو من اشتراط المركب من المقدور و غيره و يظهر الثمرة فيما لم يرغب ذلك الثالث بشراء المتاع مع تصدّى المشترى الأول لبيعه منه فإنه يحكم بلزوم البيع على الأول و

بجوازه على الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۸۱

[الثانى ان يكون الشرط سائغا]

الثانى ان يكون الشرط سائغا (۱).

و من هـذا القبيـل لو اشترط على البـائع الكفيل على عهـدة المبيع و لم يجـدا لبائع الكفيل و لا يبعـدان يقال انه يختلف الحال بحسب المقامات و قرائن الأحوال و مع عـدم القرائن فهو من اشتراط الأمر الغير المقدور فانّ المركب كالوصف و مرجعه الى اشتراط الخيار و ما عن المصنف من عدم شرط ذلك الّا مع الوثوق بحصوله ضعيف جدا.

(۱) يظهر من عنوان الشـرط الثانى بقرينـة التمثيل انّ الفرق بين هـذا الاعتبار و بين اعتبار عدم كون الشـرط مخالفا للكتاب و السـنة انّ المراد بالمشـروط فى هذا الشـرط الفعل الذى يعدّ عصيانا كفعل الحرام أو ترك الواجب و المراد بالشرط الرابع كون المشروط اعتبارا اى معتبرا يخالف اعتبار الكتاب و السنة كاشتراط كون الأجنبى وارثا يلتزم به فى نكاح أو بيع أو غيرهما.

و الحاصل المراد فى- المقام ان لا يكون العمل المشـروط عصـيانا كما إذا اشترط فعل محرم أو ترك واجب و المراد بالشـرط- الرابع ان يكون المشروط حكما و اعتبارا يخالف الحكم الشرعى و الاعتبار كما إذا باع المال و شرط ان لا يجوز للمشترى بيع ذلك الكتاب بان لا يكون له حقّ البيع أو تزويـج امرأة و شـرط لها ان يجوز له التزوج بامرأة أخرى. و اسـتدل (قـده) على اعتبار كون الشـرط سائغا بموثقـة إسـحاق بن عمـار عن ابى جعفر عن أبيه ان على بن أبى طـالب عليه السـلام كـان يقول من شـرط لامرأته شـرطا فليف به فانّ المسلمين عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما.

و ذكر الإيروانى (قـده) أنّه لا- مجـال للاسـتدلال على كون الشـرط سائغـا بالموثقـة المزبورة فإن ظاهر تحليل الحرام و تحريم الحلال كونهما اعتباريين و لو بنحو التشـريع لا التحليل أو التحريم عملا فتكون دليلا على الشـرط الرابع و اسـتدل هو (قـده) على هـذا الاعتبار بالإطلاـق أو العموم فى خطـاب وجوب الفعـل أو حرمته لا- يقـال ان العموم أو الإطلاـق المزبور يعارض بالعموم من وجه الإطلاق أو العموم فى مثل قولهم المسلمون عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۸۲

....

شروطهم الّا شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا فإنه يقال بعد تساقطهما يرجع الى استصحاب بقاء حرمـة الفعل أو وجوب المشروط تركه.

أقول لو تم مـا ذكر من المعارضـة بين خطـاب حرمـة الفعـل و وجوب الوفـاء بالشـرط فلا- ينبغى الريب فى تقـديم الثانى فإنه من بيان الحكم للفعل بالعنوان الثانى أى الشرط كما لا تخفى.

و ذكر النائينى (قـده) ان هـذا الاعتبار مسـتدرك لرجوعه الى اشتراط القـدرة على الشـرط فان المحرم لا يكون مقـدورا على المكلف تشـريعا فلا يصح شـرطه و فيه ان شـرط العمل غير المقدور لم يكن صـحيحا لأن مثل قوله عليه السـلام المؤمن عند شـروطهم لم يكن شاملا له لان التكليف بغير المقدور غير صـحيح و اما إذا كان العمل المشـروط محرّما فعدم شـموله للشرط المزبور يحتاج الى بيان انّ الشرط لا يكون من العناوين المغيّرة لحرمة الأفعال أو وجوبها كما لا يخفى.

و ذكر السيد اليزدى (قده) ان هذا الاعتبار يرجع الى اعتبار ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة حيث انّ المراد بمخالفته للكتاب و السنة مخالفته لهما عملا أو اعتبارا.

و اما التفرقة بین الشرط الثانی و الشرط الرابع الآتی بأنّ المراد بالشرط یختلف فانّ المراد به فی المقام نفس الالتزام و المراد به فی الشرط الرابع المشروط و الملتزم به فیعتبر فی نفوذ الشرط بان یکون نفس الالتزام جائزا فلا یصح الالتزام بالمحرّم فلا یمکن المساعدة علیه فأنّ الالتزام بالإتیان بالحرام کالالتزام بالإتیان بالمحلل غیر متعلق للحرمة سواء کان الالتزام حقیقیا أم إنشائیا و انّما المتعلق للتحریم نفس العمل کما ذکر تفصیل ذلک فی بحث المخالفة الالتزامیّة و علی ذلک فلا مورد لکون نفس الالتزام فی ضمن معاملة محرّما و علی تقدیره فلا تقضی ذلک التحریم عدم نفوذه و صحّته فانّ الشرط بمعنی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۸۳

[الثالث ان یکون مما فیه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعا]

ان یکون مما فیه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعا (۱).

الالتزام قسم من المعاملة و لا یقتضی النّهی عن معاملة فسادها و قد تقدم ان الإلزام بمعنی الإکراه علی عمل یتعلّق به الحرمة و لکنه غیر داخل فی معنی الشرط بل أمر یترتب علی نفوذ الشرط و صحّته فیکون للمشروط له إلزام المشروط علیه بالشرط فتدّبر.

أقول إذا کان العمل المشترط فی نفسه محرما أو ترکه غیر مشروع فلا یصح شرطه و لا یحتاج فی إثبات عدم صحّته الی الاستثناء فی روایات الباب کما ذکرنا ذلک فی الإجارة علی عمل محرّم فإنّ الإجارة المزبورة لا تصح و لا یمکن إثبات صحتها بمثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ذلک فإنّ حرمة المحرّمات لو کانت مرفوعة بالشرط فی المعاملة أو بالإجارة و نحو ذلک لکان تحریمهما لغوا حیث یمکن التوصل الی ارتکابه بالشرط فی معاملة أو بالإجارة و لا یقاس ذلک بموارد الفرار عن الحرام الی الحلال بالاحتیال فی رفع الموضوع فتدبّر.

(۱) ذکر (قده) انّه یعتبر فی الشرط ان یکون فیه غرض معتد به و مطلوب للعقلاء أو کان فیه غرض للمشروط له و ان لم یکن معتد به عند العقلاء نوعا و قد مثّل فی الدروس بشرط جهل العبد بالعبادات فی شرائه فإنه مع عدم معرفتها ربما یکون أکثر فراغا للخدمة لمولاه و قد ذکر جماعة ان اشتراط الکیل بمکیال معین أو بمیزان معیّن مع تساویه مع الأفراد المتعارفة من الکیل و المیزان لغو لعدم تعلّق غرض للتعیین المزبور من غیر فرق بین بیع السلم و غیره و احتمال اختصاص البطلان ببیع السلم لاحتمال عدم التمکن بالکیل أو الوزن بالکیل أو المیزان المزبورین عند استحقاق المشتری تسلّم المبیع ضعیف.

و قد ذکر فی التذکرة ان کل شرط لا یکون فیه غرض للعقلاء و لا یوجب ذلک الشرط زیادة المالیّة فی ناحیة أحد العوضین یکون لغوا و لا یوجب تخلّفه الخیار و علل المصنف (قده) الحکم بأنّ الشرط المزبور لا یعد حقا للمشروط له حتی یتضرر بعدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۸۴

....

حصوله فیرتفع لزوم المعاملة بقاعدة نفی الضرر کما ان الشرط المزبور لا یوجب أن یعتنی الشارع به فیوجب الوفاء به فیما لو کان عملا و یکون ترک العمل ظلما فالشرط المزبور یشبه إعطاء المال بإزاء عین لها منفعة لا یعتد بها العقلاء. و لو شک فی کون الشرط مما فیه غرض عقلائی أم لا یحمل علی الصحة و علی هذا الحمل یبتنی ما ذکر العلّامة فی مسألة بیع العبد و اشتراط بایعه علی المشتری ان لا یأکل إلّا الهریسه و لا یلبس الّا الخز. و لو اشتری العبد و شرط کونه کافرا ففی صحّة الشرط قولان فقیل بصحة الشرط و انّه یثبت للمشتری الخیار مع ظهور إسلامه کما عن العلامة لأنّ کفر العبد یتعلق به الغرض لتمکن مشتریه علی بیعه من الکافر و المسلم بخلاف العبد المسلم فإنّه لا یجوز بیعه من الکافر و ان العبد الکافر یستغرق أوقاته بخدمة مولاه بخلاف المسلم.

و قیل کما عن الشیخ ببطلان الشرط المزبور و انه یحکم بلزوم البیع و لو مع ظهور إسلامه لأن إثبات الخیار فی الفرض یوجب ان یحسب إسلام العبد نقصا فیه و کفره مزیهٔ و الإسلام یعلو و لا یعلی علیه و لأن فی تملّک العبد المسلم غرض أخروی و هی المصاحبهٔ مع المؤمن و الإنفاق علیه و الغرض الدنیوی لا یزاحم الأخروی کما جزم بذلک فی الدروس.

أقول قد ذکرنا فیما تقدم ان اشتراط الأوصاف مرجعه الی جعل الخیار علی تقدیر فقدها و علیه فلو اشتری العبد و جعل لنفسه الخیار علی تقدیر کونه مسلما و باعه البائع کذلک فلا موجب للحکم بلزوم العقد فانّ اشتراط الخیار مطلقا أو علی تقدیر صحیح و یتعلق به الغرض من العقلاء و کذا الحال فی اشتراط فعل الغیر بل فعل نفسه أیضا غایهٔ الأمر لا یثبت التکلیف بالإتیان بالعمل المزبور لانصراف ما دل علی التکلیف عنه و ثبوت الخیار علی تقدیر عدم الفعل بالاشتراط لا بقاعدهٔ نفی الضرر لیقال ان وجوب البیع فی الفرض غیر ضرری.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۸۵

[الرابع ان لا یکون مخالفا للکتاب و السنهٔ]

الرابع ان لا یکون مخالفا للکتاب و السنهٔ (۱).

لا یقال قد ذکر فی محله ان المحکوم بالبطلان من البیع و الإجارهٔ و غیرهما من المعاملات المالیهٔ بیع السفیه و إجارته و سائر معاملته المالیّهٔ و اما البیع السفهائی و الإجارهٔ السفهائیّهٔ و کذا غیرهما فیحکم بصحّتها و علیه فالشرط السفهائی لا یختلف عن تلک المعاملات فإنّه یقال لا یبعد الفرق بین المعاملات و الشرط بأنّ المعاملات فیما إذا کانت سفهیهٔ من جانب واحد فلا تکون سفهیّهٔ من الجانب الآخر و بتعبیر آخر إذا کان البیع للبائع سفهیّا فلا یکون بالإضافهٔ إلی المشتری کذلک فلا بأس بشمول دلیل الحل و اللزوم له بخلاف الشرط فانّ الغرض فیه للمشروط له فقط و إذا کان سفهیّا بالإضافهٔ إلیه فلا یکون مشمولا لخطاب وجوب العمل بالشرط کما لا یخفی.

(۱) ذکر (قده) انه لو أحرز أن الحکم الوارد فی الکتاب و السنهٔ ثابت مع الشرط ایضا فلا ینبغی الریب فی بطلان الشرط المزبور لأن مخالفهٔ الکتاب و السنهٔ لا یجوز بحال نعم یحتمل ان یقال ان ثبوت الحکم الوارد فیهما مع الشرط غیر محرز لحکومهٔ المؤمنون عند شروطهم علی إطلاق الکتاب و السنهٔ أو عمومهما فیختص الحکم الوارد فیهما بغیر حال الشرط بل التزم بعض بهذا الاحتمال و بان ما ورد فی الروایات من استثناء الشرط المخالف للکتاب عن الشرط النّافذ یحمل علی صورهٔ المخالفهٔ بالتباین و یرفع عن إطلاق الاستثناء و عمومه بالإضافهٔ الی غیر موارد التباین و غیر موارد قیام النص الخاص علی جواز الشرط.

أقول توضیح الحال فی المقام یحتاج الی التکلم فی مدلول اخبار الباب- منها صحیحهٔ الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام انه سئل عن رجل قال لامرأته ان تزوجت علیک أو بت عنک فأنت طالق فقال انّ رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله قال من شرط لامرأته شرطا سوی کتاب اللّه عز و جل لم یجز ذلک علیه و لا له.

و لا یخفی ان شرط الطلاق بنحو شرط النتیجهٔ محکوم بالبطلان سواء کان شرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۸۶

....

مطلقا أو معلّقا و هذا الحکم مستفاد من الروایات الواردهٔ فی اعتبار صیغهٔ خاصّهٔ فی الطلاق مع اعتبار أمور أخری فی المطلقهٔ لکونها فی طهر لم یجامعها زوجها فیه مع حضور العدلین حیث ان شرط النتیجهٔ انّما یصح فی أمر لا یعتبر فی إنشائه سبب خاص علی ما تقدم و علی ذلک فان کان السؤال فی الروایهٔ عن شرط الطلاق بنحو النتیجهٔ فی نکاح المرأهٔ کما هو ظاهر الشرط فلا ریب فی انّه لا بد من

ان يكون المراد من شرط سوى كتاب اللّه المشروط الّذى لم يذكر فى كتاب اللّه أى القرآن و يقيد بما إذا لم يذكر مشروعيّة فى السنة أيضا أو ان يراد بكتاب اللّه الحكم المكتوب من قبل اللّه سبحانه فيعمّ ما ورد فى السنة أيضا و لكن الأول انسب لإعطاء الضابطة لصحيح الشرط و فاسده.

و اما ما رواه الشيخ و العلامة من طريق العامة فى حكاية بريرة لما اشتراها عائشة و شرط عليها مواليها ولائها ما بال أقوام يشترطون شرطا ليست فى كتاب اللّه فما كان فى شرط ليس فى كتاب اللّه فهو باطل قضاء اللّه أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق فظاهره و ان يقتضى ان يكون المراد بكتاب اللّه ما كتب اللّه الّا انه لضعف السند لا يمكن الاعتماد عليه مع احتمال ان يراد منه ان المشروط المزبور غير وارد فى الكتاب فمن اين يصح لهؤلاء الأقوام الشرط المزبور و لا ينافى ذلك الحكم بصحّته لو كان المشروط واردا فى السّنة أخذا بغيره.

منها موثقة إسحاق ابن عمار عن جعفر عن أبيه ان على ابن أبى طالب عليه السلام كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما.

و منها صحيحة الحلبى كل شرط خالف كتاب اللّه فهو مردود و منها صحيحة عبد اللّه ابن سنان عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال سمعته يقول من اشترط شرطا مخالفا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۸۷

....

لكتاب اللّه فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه. و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب اللّه و فى صحيحة الأخرى عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم الّا كل شرط خالف كتاب اللّه عز و جل فلا يجوز.

و منها صحيحة محمد بن قيس على رواية الشيخ (قده) عن ابى جعفر عليه السلام قال قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأة و أصدقها و اشترطت ان بيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و واليت الحق من ليس بأهله قال فقضى انّ على الرّجل النفقة و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة.

و رواية إبراهيم بن محرز قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام رجل قال لامرأته أمرك بيدك قال عليه السلام انى يكون هذا و قد قال اللّه الرجال قوامون على النساء. و فى تفسير العياشى عن ابن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة تزوّجها رجل و شرط عليها و على أهلها ان تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فإنها طالق فقال شرط اللّه قبل شرطكم ان شاء و فى بشرطه و ان شاء أمسك امرأته و نكح عليها و تسرى عليها و هجرها إن أتت بسبيل ذلك قال اللّه تعالى فى كتابه فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنىٰ وَ ثُلاٰثَ وَ رُبٰاعَ و قال أحل لكم ما ملكت ايمانكم و قال وَ اللاّٰتِی تَخٰافُونَ نُشُوزَهُنَّ و رواه الشيخ بسند موثّق الى قوله عليه السلام و نكح عليها.

ذكر المصنف (قده) ان المراد بالكتاب فى بعض الروايات الظاهرة فى بطلان الشرط المخالف له هو ما كتب اللّه على عباده من الأحكام سواء ذكر فى القرآن أم لا بان كان ذلك الحكم مستفادا من النص و نحوه.

ثم ذكر انّ ما دل على اعتبار موافقة الكتاب فى نفوذ الشرط و صحته يحمل على عدم كونه مخالفا له بناء على ان ما لم يكن مخالفا له موافق لبعض الإطلاق و العموم فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۸۸

ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب (۱).

بعض الآيات من قوله سبحانه أَحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبٰاتُ* و خَلَقَ لَكُمْ مٰا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

أقول قـد تقدم انّ حمل الكتاب فى روايات الباب على حكم اللّه على عباده بعيد غايته فإنّه مع كونه خلاف ظاهر كتاب اللّه لا يناسب جعل الضابطة للشرط الفاسد و ايضا الوجه فى حمل الموافق للكتاب على عدم كون الشرط مخالفا له هو انّه لو اعتبر الموافقة بنفسها لكان ذكر عدم المخالفة فى الروايات المتعدّدة بلا وجه و لزم ان لا يكون الحكم مناسبا لإعطاء الضابطة فإنّ أكثر الشروط لا يستفاد موافقتها للكتاب و دعوى انها موافقة لبواطنه لا يمكن المساعدة عليها فإنّ الإحالة على بواطن الكتاب لا يناسب لإعطاء الظابطة بل يناسبها ظواهر الكتاب كما لا يخفى ثم ان الجمع بين كون المراد بكتاب اللّه مطلق ما كتب اللّه و بين كون المراد من الموافقة عدم المخالفة للقرآن المجيد متهافت.

(۱) ذكر (قده) ان الشرط بمعنى المشروط فيما إذا كان من الاعتباريات كثبوت الإرث للأجنبى أو كون الطلاق بيد المرأة و نحو ذلك يكون مخالفته للكتاب أو السنة ظاهرة و امّا إذا كان الشرط بمعناه المصدرى أى الالتزام فقد يدعى ان الالتزام بفعل الحرام و ترك المباح ايضا مخالف للكتاب و السنة فان ترك المباح و ان لم يكن فيه محذور الّا ان الالتزام بتركه فيه محذور بل الالتزام بترك المباح و ان قيل لا محذور فيه أصلا الّا انّ الالتزام بفعل الحرام فيه محذور المخالفة للكتاب و السنّة.

و يشهد لكون الالتزام بترك ما رخص فيه الشارع مخالفة للكتاب و السنة رواية العيّاشى المتقدمة الّتى رواها الشيخ بسند موثق على ما تقدم فانّ المذكور فى النكاح فى الروايتين الالتزام بترك المباح و التوجيه بما يأتى ضعيف بان يراد من المذكورات فيهما عدم الحق له فى ارتكاب تلك المباحات فيكون المشروط مخالفا لما دل على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۸۹

....

إباحتها.

ثم ذكر (قده) ان موثقة إسحاق ابن عمار المتقدمة ايضا ظاهرة فى عدم جواز الالتزام بترك المباح أو فعل الحرام فانّ قوله عليه السلام فيها الّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما مقتضاه أنّ الإحلال و التحريم فعل الشارط لأنه باشتراطه يمنع عن الحلال و يرخص فى الحرام و أوضح من ذلك كلّه المرسل المروى فى الغنية الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب أو سنّة فأنّ الالتزام بارتكاب الحرام يمنع عنه الكتاب و السنّة انتهى.

أقول لا- يمنع الكتاب و السنة عن الالتزام بفعل الحرام منعا تكليفيا بل يمنعان عن نفس ارتكاب الحرام و معه لا- يمكن ان يعمّه المؤمنون عند شروطهم، و بتعبير آخر المشروط فيما كان من الاعتباريات و كان مخالفا لاعتبار الشارع و حكمه يكون محكوما بالبطلان و هذا هو المقطوع من مخالف الكتاب و السنة فأنّ مدلولهما الحكم و اما إذا كان المشروط هو ترك المباح أو فعل الحرام فيكون المشروط فيما إذا كان محرما مخالفا للكتاب أو السنّة عملا و اما إذا كان مباحا فلا يخالف الكتاب أو السنة حتى عملا و هذا ظاهر و ما عن المصنف (ره) من المحذور فى الالتزام بفعل الحرام أو المباح قد تقدّم ما فيه و انه لا محذور فى الالتزام القلبى أو المعاملى و لا يعاقب الملتزم بعقاب فيما إذا لم يرتكب الحرام كما لا يخفى.

و امّا الاستدلال على عدم جواز الالتزام بمثل رواية العياشى ففيه ان المراد بشرط اللّه فيه حكمه و قد أطلق عليه الشرط للمقابلة و المراد بحكم اللّه عدم صحّة الطلاق بغير الوجه المعتبر و ليس الشرط المزبور الوجه المعتبر و كذا الحلف عليه فإنّه أيضا باطل لأنّه أيضا من شرط اللّه قبل الحالف و بتعبير آخر لو كانت الرواية واردة فى شرط ترك التزويج بالمرأة الأخرى و مع ذلك ذكر سلام اللّه عليه بعدم وجوب الوفاء لكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۹۰

....

للاستدلال المزبور وجه و لکن الروایة واردة فی شرط الطلاق بنحو النتیجة أو الحلف علیه و فی کل منهما لا یکون ترک التزویج بامرأة أخری بنفسه شرطا و بظهور الفرق بین المقامین یظهر الفرق بین مدلولها و مدلول صحیحة منصور بن برزخ عن عبد صالح علیه السلام قال قلت له انّ رجلا من موالیک تزوج امرأة ثم طلّقها فبانت منه فأراد أن یراجعها فأبت علیه الّا ان یجعل للّه علیه ان لا یطلّقها و لا یتزوّج علیها فأعطاها ذلک ثم بدا له فی التزویج بعد ذلک فکیف یصنع فقال بئس ما صنع و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار قل له فلیف للمرأة بشرطها فأن رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله، قال المؤمنون عند شروطهم.

نعم ما فی ذیل روایة العیاشی من الاستشهاد علی بطلان الشرط بأنّ الکتاب قد أباح الشرط أی ارتکاب المشروط لا یناسب الحمل المذکور و لکن لیس الذیل فی موثقة محمد بن قیس و روایة العیاشی ضعیفة سندا کما تقدم مع احتمال کون الاستشهاد فیها جدلیّا و ما ذکر (قده) من دلالة موثقة إسحاق بن عمار علی فساد الشرط فیما تعلق بفعل الحرام أو ترک المباح حیث انّ الشرط مع تعلّقه بأحدهما یکون محللا- للحرام أو محرما للحلال فالشارط بشرطه یرخص فی ارتکاب الحرام أو یمنع عن ارتکاب المباح لا یمکن المساعدة علیه فانّ الشرط کما تقدم هو أخذ الالتزام أو إعطائه و الأخذ یکون من المشروط له المعبر عنه بالشارط و الإعطاء من المشروط علیه و إذا فرض تعلق الشرط بفعل الحرام أو ترک المباح فلا یکون نفس الالتزام أخذا أو إعطاء محللا للحرام الّا من حیث العمل.

و یمکن ان یدعی ظهور الموثقة فیما کان الشرط محللا- و محرما من حیث البناء و الحکم بان یلتزم المشروط علیه ان لا یجوز له التزوج بامرأة أخری أو لا یحرم علیه شرب الخمر فلا یمکن مع هذا الاحتمال التمسک بها علی بطلان الشرط فیما إذا تعلق بفعل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۹۱

....

الحرام أو ترک المباح و ما فی صدر الروایة من قوله علیه السلام من شرط لامرأته شرطا فلیف به لو لم یکن انسب مع هذا الاحتمال فلا ینبغی الریب فی انّه لا تنافیه.

لا- یقال یمکن دعوی عموم الموثقة لکلا الفرضین بان یستفاد منها بطلان الشرط فیما إذا کان الملتزم به عدم ممنوعیّة ما هو حرام شرعا أو ممنوعیة الحلال شرعا و ما کان الملتزم به نفس فعل الحرام أو ترک المباح ففی الأوّل یکون المشروط محللا و محرما من حیث البناء و الحکم و فی الثانی یکون محلّلا عملا و محرما کذلک کما لا یخفی.

أقول شرط ترک المباح لا- یکون محرما للحلال لا من جهة الشرط بمعنی الالتزام فانّ الالتزام بترک المباح لا ینافی إباحته نظیر ما تقدم من عدم مخالفته للکتاب و السنة و لا من جهة الشرط بمعنی الملتزم به فان ترک المباح لا یکون تحریما عملا فانّ المباح یجوز فعله و ترکه.

نعم فی شرط الحرام یکون المشروط أی ارتکاب الحرام محلّلا للحرام من حیث العمل کما انه یخالف الکتاب کذلک و احتمال ان یکون المراد من کون الشرط محلّلا و محرّما کونه کذلک بلحاظ حکمه أی وجوب الوفاء به فیعم الاستثناء شرط ترک المباح ایضا ضعیف لظهور الموثقة فی کون الشرط فی نفسه محلّلا للحرام أو محرّما للحلال لا بلحاظ وجوب الوفاء به.

و الحاصل انّ غایة ما یستفاد من هذه الموثقة ما استفدناه من الاستثناء فی الأخبار الواردة فی وجوب الوفاء بالشرط الّا ما خالف الکتاب أو السنة من ان الالتزام بالفعل الحرام یدخل فی الاستثناء لکون فعل الحرام مخالفا للکتاب أو السنة عملا فیکون ارتکابه من تحلیل الحرام عملا.

و ما ذكر المصنف (ره) من ان الالتزام بفعل الحرام أو الالتزام بترك المباح فى نفسها مخالف للكتاب و السنة فيعم الاستثناء كلّا من المشروط و المعتبر المخالف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۹۲

ثم المراد بحكم الكتاب و السنة الذى يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له (۱).

للحكم المذكور فى الكتاب و السنة و الالتزام بفعل الحرام و ترك المباح لا يمكن المساعدة عليه فإنه قد تقدم عدم المانع فى مجرد التزام فعل الحرام غير كونه نوعا من التجرى فضلا عن الالتزام بترك المباح و ثانيا انه مع الإغماض عما ذكر أولا يكون المخالف للكتاب و السنة فى شرط ترك المباح أو فعل الحرام نفس الشرط بمعنى الالتزام و فى موارد كون المشروط مخالفا لهما يراد من الشرط المشروط واردة الشرط و المشروط معا من الاستثناء استعمال اللّفظ فى معناه الحقيقى و المجازى و لو أمكن هذا الاستعمال فلا ريب فى انّه خلاف الظّاهر فلا يصار اليه بلا قرينة.

(۱) و توضيح المقام انه (قده) بعد ما التزم بأنّ الشرط المخالف للكتاب و السنة المحكوم بالبطلان يعم الالتزام بفعل الحرام و الالتزام بترك المباح فيشكل الأمر بأن غالب الشروط المتعارفة فى قبيل الالتزام بترك المباح أو فعله و إذا فرض كون هذا الشرط باطلا فلا يبقى للالتزام بالعمل مورد الا شرط فعل الواجب أو ترك الحرام و تصدى لدفع الإشكال بأن مجرد شرط ترك المباح أو فعله بل فعل الحرام لا يكون مخالفا للكتاب و السنّة بل تتحقق مخالفة الشرط لهما فيما إذا لم يكن الحرمة أو الإباحة الثابتة للفعل اقتضائية بحيث يمكن انتفائهما بطرو عنوان على الفعل و امّا إذا كان الحكم اقتضائيا كذلك بحيث لم يكن لخطاب حرمة الفعل أو إباحته دلالة الّا على الحكم لنفس الفعل مع قطع النظر عن طرو عنوان فلا بأس بالحكم بصحّة الشرط المزبور فانّ الالتزام بوجوبه فى الفرض لا ينافى الكتاب.

و قال (قده) ان الخطابات الواردة فى إباحة الأشياء و المباحات الشامل للمستحبّات و المكروهات من هذا القبيل و انّ الحكم فيها بإباحة الفعل من حيث ذات الفعل فلا ينافى طرو عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كما فى خطاب حلية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۳۹۳

....

أكل اللحم فإنّه لا تنافى مع الحرمة الثابتة له بالحلف أو أمر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له بعنوان كونه مقدّمة الواجب أو تعلّق النذر به، و انّ الخطابات الواردة فى الواجبات و المحرّمات من قبيل الحكم المطلق بحيث لا- يتغير الّا بالعناوين الرافعة للتكاليف كالاضطرار الى الارتكاب أو الحرج أو الضرر و على ذلك فلو اشترطا فى المعاملة ارتكاب محرم فيحكم ببطلانه لأنّ الالتزام بارتكابه مخالف للكتاب و السنة و لو ورد حليته بعنوان آخر فيلاحظ الراجح من الخطابين فيؤخذ به كان ترجيحه بمرجح داخلى أو خارجى الأول ككون الخبر الدال على أحدهما أظهر و الثانى ككون مدلوله موافقا للمشهور.

ثم أورد (قده) على ما ذكره من عدم البأس باشتراط ترك المباح لأن خطابات المباحات ظاهرة فى الإباحة الاقتضائيّة بأنّ مقتضى بعض الأخبار المتقدمة الحكم ببطلان شرط ترك المباح مع انّ خطابه ايضا كخطاب سائر المباحات اقتضائية كاشتراط ترك التزوج بامرأة أخرى أو عدم اتخاذ السريّة و نحوهما.

و أجاب عن الإيراد بوجهين الأوّل انه يعلم من الرواية المتقدّمة ان الإباحة فى التزوج بامرأة أخرى أو اتخاذ السريّة مطلقة و ان كانت فى انظارنا كإباحة أكل اللّحم و التمر و غيرهما مما تتغيّر إباحتها بالعناوين الثانية و هذا الوجه لا يناسب الاستشهاد لبطلان الشرط المزبور بأن إباحة التزوج بامرأة أخرى مذكورة فى الكتاب كما لا يخفى. و الوجه الثانى انّ الطلاق المعلق على مثل هذه الأفعال باطل

و انّ هذه الأفعال لا توجیه لا ان فی شرط مجرّد ترک التزوج بامرأة اخری محذورا بل لا بأس بشرطه کما یفصح عن ذلک صحیحة منصور بن برزخ المتقدّمة.

أقول فی ما افاده موارد للنظر منها ما ذکره من ان خطابات المباحات کلّها اقتضائیة و ظاهرة فی ثبوت الحلیة لها فی نفسها و لا دلالة لها علی ثبوتها لها عند طروّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۹۴

....

عناوین آخر علیها فان الالتزام بذلک یوجب ان لا یصح لنا التمسک بإطلاق تلک الخطابات عند الشک فی ثبوت الحلیة للفعلی مع طروّ عنوان یحتمل کونه مغیّرا لإباحته.

و قد ذکرنا سابقا ان مقتضی السیرة العقلائیة فی الخطاب المتضمن لحکم علی موضوع کون المتکلم فی مقام البیان من جهة قیود الموضوع و المتعلق و نفس الحکم فیرفع الید عن ذلک بقیام قرینة معتبرة انه فی مقام بیان الحکم من جهة دون الأخری کما فی خطاب تجویز الأکل من صید أمسکه الکلب المعلّم فإنّه قد ذکر فی محله انّه فی مقام تجویز الأکل من حیث عدم کونه میتة فلا یقتضی عدم وجوب تطهیر موضع العقر.

نعم إذا ورد فی مقابل خطاب حلیة فعل حرمته أو وجوبه بعنوان ثانوی یقدم الخطاب الثانی علی الأوّل حیث انّ الخطاب المتضمن للحکم بالعنوان الثانوی قرینة عرفیّة علی تقیید الحکم فی الخطاب الأوّل و هذا یجری فی غیر خطابات المباحات أیضا غایة الأمران الخطابات المتکفلة للأحکام بالعناوین الثانویة مقیدة فی نوعها بقیود تمنع عن حکومتها بالإضافة إلی خطابات المحرمات نظیر ما ورد فی عدم الطاعة لمخلوق فی معصیة الخالق المانعة من حکومة خطاب وجوب طاعة الوالدین علی خطابات التحریم أو الواجبات فیما إذا أمرا بارتکاب الحرام أو ترک الواجب و ما دل علی عدم انعقاد الحلف فیما إذا کان المحلوف علیه مرجوحا فأنّ مقتضی إطلاق خطاب التحریم عدم انعقاد الحلف علی ارتکاب الحرام أو ترک الواجب الی غیر ذلک و هذا ایضا هو الوجه فی عدم حکومة دلیل نفوذ الشرط علی خطابات المحرمات فإنّه قد أخذ فی خطاب نفوذ الشرط عدم کون المشروط مخالفا للکتاب و السنّة و هذا المخالفة لا یتحقّق فی ترک المباح أو فعله و لکنّها متحقّقة فی شرط ارتکاب الحرام کما تقدم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۹۵

ثم انه لا اشکال فیما ذکرنا من انقسام الحکم الشرعی (۱).

---

(۱) و حاصله أنه قد تقدم ثبوت الحکم لموضوع بأحد النحوین من کونه بنحو الاقتضاء و الحیثیة و کونه حکما فعلیّا مطلقا بحیث لا یقبل التغیّر بعروض عناوین آخر غیر ما أشرنا الیه و علیه فلا إشکال فی حکم الشرط فیما إذا أحرز حال الحکم و لکن یقع الإشکال فی تمییز حال الحکم فی بعض الموارد کما إذا شرط مولی الأمة فی تزویجها من حرّ کون ولدها رقّا له فی عقد الزواج فهل الحکم بکون الولد یتبع أشرف أبویه حکم اقتضائی لا ینافیه الاشتراط المزبور أو انّه حکم فعلی لا یتغیّر بالشرط و کشرط التوارث فی عقد المتعة فإنّه ذکر جماعة بصحة اشتراط التوارث فی عقد المتعة فیقع الکلام فی ان عدم ثبوت التوارث فی غیر النکاح الدائم حکم اقتضائی أو انّه حکم فعلی مع ان المتسالم علیه عندهم عدم صحّة شرط التوارث فی غیر عقد النکاح بل فی غیر الزّوج و الزّوجة مطلقا فلا بد من کون عدم التوارث فی غیر النکاح الدائم حکما فعلیّا من جهة و اقتضائیّا من جهة أخری.

و ربّما یقال فی مثل هذه الموارد ان الشرط فیها غیر مخالف للکتاب و السنّة أو انّ الشرط المخالف للکتاب محکوم بالبطلان إلّا فی مثل هذه الموارد و لکن کون الأوّل أی الشرط فیها غیر مخالف للکتاب یحتاج إلی التأمل و امّا الثانی هو بطلان الشرط المخالف إلّا

فی هذا الموارد ضعیف کما تقدم فی أوّل هذا الشرط فی قوله و التزم بعض بورود التخصیص علی الاستثناء فی قولهم المؤمنون عند شروطهم الّا ما خالف الکتاب.

و نظیر ما ذکر اشتراط الضمان فی العین المستعارة فإنّهم اتفقوا علی جوازه و لکن المشهور علی عدم صحة شرط الضمان فی العین المستأجرة فیقع الکلام فی ان عدم ضمان الأمین لو کان حکما اقتضائیّا لصح الاشتراط فی کلا الموردین و ان کان حکما فعلیّا لا یتغیر فکیف یصح فی العاریة و نظیر ذلک شرط الزوجة علی الزّوج ان لا یخرجها الی بلد آخر فإنّهم و ان اختلفوا فی جواز هذا الاشتراط الّا انّ المشهور علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۹۶

....

جوازه و ذکر بعض بطلانه لان هذا الشرط مخالف لوجوب طاعة الزوجة لزوجها و ان اختیار المسکن بیده لا بیدها و أورد بعض المجوزّین لهذا الاشتراط علی الاستدلال علی المنع بما ذکر من جریان دلیل المنع فی اشتراط جمیع الشروط السائغة لأن الشرط ملزم لما کان غیر لازم قبل ذلک.

ثم ذکره (قده) انه علی الفقیه ملاحظة الخطابات و الأحکام الواردة فیها بأنّها مما یتغیّر بالعناوین الطاریة بمعنی کونها اقتضائیّة أو انها مطلقة و لو أحرز إحداهما فهو و الّا فیمکن البناء علی کونها اقتضائیة باستصحاب عدم کون الشرط مخالفا للکتاب و هذا الأصل یرجع الیه فیما إذا لم یکن لخطاب الحکم إطلاق کما فی أکثر خطابات الترخیص و السلطنة فإن ظاهرها سوقها فی مقام بیان حکم الشیء بحیث لا ینافیه ملزم شرعی آخر کالنذر و الشرط و اما ما کان ظاهره العموم کما إذا کان الخطاب حکما منعیّا أو یتضمن المنع کقوله ولد الحر لا یملک فلا یجری فیه هذا الأصل.

أقول قد تقدم فی أوّل عنوان الشرط الرابع انّ الشرط المخالف للکتاب ای الحکم الواقعی الثابت فی مورد الشرط لا یمکن ان یکون صحیحا و اما إذا کان المشروط مخالفا لإطلاق الکتاب أو عمومه و کذا مع إطلاق السنة و عمومها فلا بأس بقیام دلیل خاص علی صحّة ذلک الشرط و یکون الدلیل الخاص مقیّدا للاستثناء فی قولهم المسلمون عند شروطهم الّا فیما خالف الکتاب و السنة و نظیر الدلیل الخاص ما إذا کان المشروط مخالفا للحکم الوارد فی الکتاب و السنّة و لکن ثبت انّ المذکور فی الکتاب أو السنة من قبیل الحقّ القابل للإسقاط کاشتراط الخیار مع لزوم المعاملة بدونه و مثله اشتراط سقوط وجوب الوطی عنه فی أربعة أشهر و نحوهما و لا یخفی انّه یمکن کون المعتبر من قبیل الحکم فی مورد و من قبیل الحق فی مورد آخر مثلا لا یصح شرط الضمان علی الودعی و یصح علی المستعیر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۳۹۷

و مرجع هذا الأصل إلی أصالة عدم ثبوت هذا الحکم (۱).

ثم ان بعض مشایخنا المعاصرین بعد ما خصّ (۲).

---

(۱) أقول ما ذکر (قده) من الرجوع الی أصالة عدم کون الشرط مخالفا للکتاب فلا بد فی تقریرها علی تقدیر کون المراد بالکتاب الحکم الشرعی الواقعی من ان المشروط لم یکن مخالفا للکتاب و لو قبل جعل الکتاب و الحکم الشرعی و الآن کما کان و اما تقریبها بان المشروط لم یکن مخالفا للکتاب قبل الاشتراط و بعد الاشتراط ایضا کما کان فغیر صحیح لأن مخالفة المشروط لا نتوقف علی فعلیّة الاشتراط بل المشروط یتصف بها بفرض الاشتراط کما لا یخفی. و لو أرید بالکتاب ظواهر آیات الأحکام و من السنّة ظواهر الأخبار فلا یبقی مورد بشک فیه فی مخالفة المشروط لهما بل یحرز المخالفة أو عدمها بالوجدان دائما و بتعبیر آخر استصحاب نفی

المخالفة و بأنّ الشرط لم یکن یخالف الکتاب لا یدخل فی الاستصحاب العدم الأزلی کما لا یخفی.
نعم فی موثقة إسحاق بن عمار المؤمنون عند شروطهم الّا شرطا أحلّ الحرام أو حرّم الحلال. و علیه فإذا شکّ فی حلیة فعل أو حرمته تکلیفا فیکون اشتراط ارتکابه من الشک فی تحلیل الحرام و لو عملا کما تقدم و هکذا اشتراط الترک فیما إذا کان احتمال وجوبه و لکن لا ـ بأس بالرّجوع إلی أصالة الحلیة أو البراءة و مع الرجوع إلیهما یحرز عدم کون اشتراط محلّلا للحرام بل یمکن إحراز ذلک باستصحاب عدم جعل الحرمة أو الوجوب لذلک الفعل و تقدم سابقا ایضا ان فی الشک فی حلیة شیء وضعا کما إذا کان من قبیل المعاملة یکون الأمر بالعکس فمع عدم إحراز مشروعیّتها یکون الأصل عدم إمضائها فیثبت کون المشروط محلّلا ـ للحرام کما لا یخفی.
(۲) قد خصّ النراقی (قده) الشرط المخالف للکتاب و السنة و المحلّل للحرام و المحرم للحلال بما کان المشروط أمرا اعتباریّا مخالفا للمعتبر فی الکتاب و السنة لأنّ کلا من

....

الکتاب و السنة حکم یدخل فی الأمر الاعتباری تکلیفا أو وضعا و بتعبیر آخر شرط ارتکاب المباح أو ترکه أو ارتکاب الحرام و ترکه أو فعل الواجب و ترکه کل ذلک من الشرط الخارج عن الأمر الاعتباری و ربّما یکون مقتضی عموم المؤمنون عند شروطهم فیها مخالفا لما دل علی حرمة الفعل فیرجع الی المرجح فی ترجیح أحد المتعارضین کما فی شرط شرب الخمر فإنّ الإجماع علی حرمته مطلقا مرجّح للتحریم و مع عدمه یحکم بمقتضی القواعد و الأصول و أورد المصنف علی ذلک بأنّ مقتضی الرّجوع الی الأصول مع فقد المرجّح هو الحکم بعدم وجوب الوفاء بالشرط فیما کان المشروط أمرا قد ورد فی خطاب الشرع إباحته فلا یحکم بالصّحة و نفوذ الشرط فیه مع کون المشروط أمرا مباحا بعنوانه الأولی و إذا کان المشروط فعلا محرما أو ترک واجب فلازم الرجوع الی الأصل و استصحاب بقاء الحرمة بعد اشتراط الفعل أو بقاء الوجوب بعده هو الحکم بفساد الشرط.
أقول قد تقدم أنّه لو فرض المعارضة بین خطاب وجوب الوفاء بالشرط و ما دل علی حرمة الفعل أو إباحته فإنّه لا ینبغی الریب فی تقدیم ما دلّ علی الحکم بعنوانه الثانوی و لا تصل النوبة إلی ملاحظة المرجح و الرجوع الی الأصول و لکن قد تقدّم ان هذا التقدّم بالإضافة الی ما دلّ علی اباحة الشیء و اما خطابات المحرّمات فقد تقدم ان خطاب الوفاء بالشرط لو کان مقدّما علیها لکان تحریم تلک المحرمات کاللغو حیث یمکن التوصل الی ارتکاب الحرام باشتراطه فی ضمن معاملة.
ثم انه إذا شک فی شرط فعل نحتمل حرمته فی نفسه فیحکم علی ما ذکر النراقی (ره) بوجوبه بالشرط أخذا بعموم قوله علیه السلام المسلمون عند شروطهم من غیر حاجة الی الرجوع باستصحاب عدم جعل الحرمة له فی نفسه بل ربما یتوهم انّه یحکم مع وجوب الوفاء بالشرط بإباحة ذلک الفعل فی نفسه بدعوی أنّ إباحته فی نفسه من

فقال و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف (۱).
یظهر لک معنی قوله (ع) فی روایة إسحاق ابن عمّار المتقدّمة (۲).

لازم وجوب الوفاء به مع الشرط و إثبات اللازم بالأصل اللفظی لا بأس به.
و فیه انّه لم یثبت کون إباحته فی نفسه لازما لإمکان أن یختصّ حرمة فعل بغیر صورة اشتراطه و ما تقدم من عدم إمکان اختصاص الحرمة فی المحرمات بغیر صورة الاشتراط راجع الی عامّة المحرّمات و اما کون الأمر فی محرم کذلک فلا نمنعه هذا مع ان الدّلیل

علی اعتبار الأصول اللفظیّة إلی الظهورات السیرة العقلائیّة و لم یحرز انّ السیرة جاریّة علی اعتبار الظهور فی مثل المورد.

(۱) یعنی لو جعل شرط ارتکاب الحرام شرطا مخالفا للکتاب و السنة لم یکن بعیدا.

أقول لا- بد من ان یراد بالشرط المشروط ای شرب الخمر مثلا- فإنّه مخالف للکتاب عملا و اما لو جعل نفس الالتزام بشرب الخمر مخالفا للکتاب ففیه ما تقدم من أنّ الالتزام قلبا أو معاملهٔ لا یدخل فی متعلّق التحریم فی الکتاب أضف الی ذلک انّ ارادهٔ المشروط من الشرط فیما إذا کان المشروط أمرا اعتباریا یخالف الکتاب و ارادهٔ نفس الالتزام فیما کان الالتزام بارتکاب الحرام من الجمع بین ارادهٔ المعنی و المجازی من اللفظ اللّهمّ الّا ان إیراد من الشرط معناه المصدری فقط و یراد من مخالفته الکتاب و السنّهٔ الأعم من ان یکون الوصف أی المخالفهٔ من قبیل الوصف بحال نفسه أو حال متعلّقه فتدّبر.

(۲) أقول قد تقدم ان شرط ارتکاب الحرام یکون تحلیلا للحرام عملا و لا یبعدان یکون المراد من الشرط المحلل للحرام المشروط المحلل للحرام اعتباریا کما إذا زوّج المرأهٔ نفسها من رجل علی ان یکون له الحق فی ترک طاعته و المشروط المحلل له عملا کما فی فرض شرط ارتکاب الحرام و امّا الشرط المحرم للحلال فینحصر بما إذا کان المشروط تحریما للحلال اعتبارا کما إذا زوّجت نفسها منه علی ان لا یحق للزوج طلاقها و اما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۰۰

....

تحریم الحلال عملا فهذا غیر متحقّق فی الالتزام بترک الحلال لأنّ الحلال یجوز فعله و ترکه سواء کان اختیار الترک فی زمان أو إلی الأبد.

و عن السید الیزدی (قده) الالتزام بترک المباح إلی الأبد تحریم الحلال و لذا ورد فی بعض الروایات انّ الالتزام بترک شرب العصیر بالحلف علیه لا ینعقد لأن هذا الحلف محرّم للحلال.

و فی خبر العیاشی عن عبد اللّه ابن سنان قال سألته عن رجل قال امرأته طالق و ممالیکه أحرار إن شربت حلالا و لا حراما قط فقال اما الحرام فلا- تقربه ان حلف أو لم یحلف و اما الحلال فلا- یترکه فإنه لیس لک ان تحرّم ما أحل اللّه ان اللّه یقول لا تحرموا طیبات ما أحل اللّه لکم.

و فیه ان الرّوایهٔ ضعیفهٔ سندا و دلالهٔ فإن الحلف بالطلاق باطل عندنا و عبّر الامام علیه السلام عن بطلانه بما ذکر جدلا.

و الحاصل لا نعلم انّ الالتزام بترک المباح فی زمان أو دائما مخالفا للکتاب أو السنهٔ أو محرّما للحلال و لذا أفتی الأصحاب بأنّه یصح الحلف علی فعل المباح أو ترکه فیما إذا کان المباح مما یساوی طرفاه من غیر ان یکون فی أحدهما مرجح شرعا أو من حیث الفائدهٔ الدنیویهٔ.

لا- یقال قد ورد فی بعض الروایات المعتبرهٔ کمعتبرهٔ عبد اللّه ابن سنان عدم جواز الیمین فی تحلیل الحرام أو تحریم الحلال قال سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول لا تجوز الیمین فی تحلیل حرام و لا تحریم حلال و لا قطیعهٔ الرحم. و من الظاهر ان المتعارف فی الحلف هو الحلف علی الفعل أو الترک فلا- بد من ان یکون الحلف علی ارتکاب الحرام من الیمین فی تحلیل الحرام و الحلف علی ترک المباح دائما من الحلف فی تحریم الحلال. فإنه یقال المتعارف فی الحلف علی ترک المباح أو فعله الحلف علی ترکه أو فعله

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۰۱

و ربما یتخیّل انّ هذا الاشکال (۱).

و ربّما قیل فی توجیه الرّوایهٔ (۲).

فى زمان أو حال و الحلف على تركه أو فعله إلى الأبـد و الحلف على عـدم الحق له فى ارتكابه أو تركه و الحلف المحرّم للحلال هو القسم الأخير كما لا يخفى.

(۱) و حاصـله ان الإباحـة التكليفـة المترتّبـة على موضوعها و ان لا تحرز أنها تتغيّر بالعنوان الثانوى الّا انه إذا كانت الإباحـة ترتّبها على الحكم الوضـعى فلا- تتغيّر بـالعنوان الثـانوى و لـذا قيل ان من الصـلح المحرم للحلال المصالحـة بان لا ينتفع بماله أو لا يطاء جاريته و بتعبير آخر بعض اثر الملك و ان يتغيّر بالعنوان الثانوى و كـذا بعض آثار الزّوجـة و لذا لا يجوز سـكنى المشترى فى المبيع مع اشتراط إسـكان البائع فيه فى تلك المـدة و كـذا لا يجوز له إسـكان زوجته فى بلـد اشترط فى عقـد الزواج أو غيره عدم إخراج الزوج اليه أو وطيهـا فيما إذا اشترط كما ذكر عـدم وطيها كما فى الروايـة. إلّا ان اباحـة التصـرف لا ترتفع مطلقا عن الملك و اباحـة الاسـتمتاع عن الزّوجيّة.

و أجاب (قـده) بأنّ هـذا الجواب ايضا غير منضبـط فإنّه كما انّ بعض الأحكام التكليفـة المترتبـة على الحكم الوضع يتغيّر بان لا يجوز بعض التصـرف المترتب على الملك أو الزّوجيّة كما ذكر كذا يمكن ان يرتفع مطلق التصرف المترتب على الملك و مطلق الاستمتاع المترتب على الزوجية بالشرط.

و دعوى عدم الارتفاع فى الثانى أمّا للإجماع أو لمجرد الاستبعاد كما ترى فان الاستبعاد لا يعتمد عليه و الاعتماد على الأوّل يوجب ما تقدم من عدم الفائدة فى ضابطة كون الشرط محرّما للحلال.

(۲) و حاصـله ان الشرط المحلل للحرام أو المحرم للحلال بمعنى انه على تقدير الحكم بوجوب الوفاء به يكون محللا للحرام و محرّما للحلال و لكن هذا خلاف ظاهر الرواية فإن ظاهرها استناد التحريم و التحليل الى الشرط لا الى حكمه مع انه يلزم ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۲

....

لا يصـح شـرط عـدم الطلاق و ترك التزوج بامرأة اخرى و بتعبير آخر يلزم انحصار شـرط الفعل باشتراط ترك الحرام و فعل الواجب فتعين ان يكون المراد محلّلية نفس الشرط أو محرّميته و هذا لا يتحقّق الّا بكون المشروط حلية الحرام أو ممنوعية الحلال.

لا يقال لا ينحصـر التحقق بما ذكر فإنّه لو اشترط ترك التزوّج بامرأة أخرى يكون المطلوب للمشـروط له ترك التزوّج و انّه لا يرضى بالتزوج فيصدق ان الشـرط محرم للحلال فإنه يقال المراد فى تحريم الحلال جعل الحلال محرّما شرعا و هذا لا يحصل باشتراط ترك التزوج و بتعبير آخر عدم رضاء المشترط غير عدم رضا الشارع.

لا يقال لا يوجد مورد يكون نفس الشـرط فيه محلّلا شرعا للشىء الحرام أو محرما كذلك و انما يكون محلّلا و محرّما بلحاظ وجوب الوفـاء من الشارع فإنّه يقال ان كان المراد ان نفس الشـرط لا يكون محلّلا و محرّما بالنظر الى نفس الشـرط فقـد تقـدم ان الشـرط اى مقتضاه ذلك أى بأن كان الحرام الشرعى أو حلاله محللا شرعا أو محرما كذلك بنفس الاشتراط.

و بتعبير آخر الشـرط كالنـذر و اليمين و العهـد فإنه كما إذا أنـذر ان لا يأكل المال المشـتبه ينعقـد و لكن إذا أنذر ان لا يحلّ له المال المشتبه يحكم ببطلانه كذلك فى شرط ترك الحلال و شرط ان لا تحل له ذلك الفعل انتهى و أجاب المصنف (ره) عن التوجيه بأن اشتراط ان يكون الحرام الشـرعى حلالا شرعا أو الحلال الشرعى حراما شرعا من فعل للشارع و غير مقدور للمشترط العاقل و لا يمكن ان يقال بان الاسـتثناء فى موثقـة إسـحاق بن عمار ناظر الى هـذا الاشتراط الّـذى لا يصدر عن عاقل و بتعبير آخر الاسـتثناء فى الموثقة وارد على الشرط الذى يجب الوفاء به و غير المقدور أى فعل الغير لا يمكن الوفاء به حتى يرد على وجوب الوفاء به استثناء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۳

....

أقول لو كـان المراد بالشـرط المحلل للحرام أو المحرم للحلال اشتراط الإباحـة الشـرعيّة فى الحرام و الحرمـة الشـرعيّة فى الحلال فيرد عليه ان حمل الاستثناء فى الموثقة على ذلک غير ممکن لما ذکر من ان المشروط من فعل الشارع و لا يدخل فى اختيار المتعاقدين و لكن لا ـ موجب للالـتزام بما ذکر بل المشـروط كما أشـرنا إليه سابقا الممنوعيّـة أو حق الارتکاب فی اعتبار المتعاقـدين و اشتراط حق الارتکاب و الممنوعيّـة فی اعتبارهما و ان يكون نادرا فى الأفعال الخارجيّة و لكنّه متعارف فى الأفعال الاعتباريّة فتشـرط المرأة للرجل ان لا يحق له التزوج بامرأة أخرى أو ان لا يحق له طلاقها الى غير ذلک.

و بتعبير آخر الفرق بين اشتراط ترک التزوج بـامرأة أخرى و بين اشتراط ان لا ـ يحق له التزوج بـامرأة أخرى ظـاهر فـإنّ الأوّل من قبيل شرط الفعل و لا يجوز له التزوج بلحاظ الحكم المترتب عليه بلحاظ الشـرط و لا ينافى متعلق الشرط أى المشروط الكتاب و السنة كما لا يكون المشـروط حرمة الحلال بخلاف الثانى فإنّ المشـروط فيه مخالف للكتاب لاعتبار للحرمان فيما لا يحرّمه الشـرع و كذا الحال فى اشتراط ترک فعـل خـارجى و اشتراط عـدم الحق فى ارتکـابه فـان عـدم الجواز فى الأول يترتب بعنوان الشـرط و فى الثانى يكون متعلق الشـرط عدم الحق و الحرمان و ذکر بعض الأعلام (قده) تفصـيلا آخر فى شرط ترک الحلال و هو أنّه إذا كان الشىء حلالا مع قطع النظر عن العقـد و الشـرط فيه يكون اشتراط تركه محکومـا بالفسـاد كمـا فى شـرط عـدم الحق فى ارتکـابه لان الشـرط على كلا التقديرين محرّم للحلال و من هذا القبيل شرط ترک التزوج بامرأة أخرى أو التسرى بأمة.

و اما إذا كان اباحـة الشـىء تحصل بالعقد و قبل العقد لا موضوع للإباحة كما فى شـرط ترک الوطى فى عقد زواج المرأة فإن الوطى بالعقد يحكم بإباحته و قبله لا موضوع لها و فى أمثال ذلک يكون اشتراط تركه لا بأس به فيما كان الشرط بنحو شرط الفعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۴

و مما ذکرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء (۱).

لأنّ الموجب لجواز الفعل هو العقد مع عدم الاشتراط فلا يكون العقد موجبا لجوازه.

أقول الفرق لا يرجع الى محصّل فان ما يوجب الحكم ببطلان شـرط ترک الفعل فيما كان مباحا مع قطع النظر عن العقد و الشرط بعينه يجرى فيمـا كـان اباحـة الشـىء بالعقـد و الموجب المزبور إطلاق خطـاب إباحـة ذلـک الفعل. مثلا قوله سـبحانه الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حٰافِظُونَ إِلّٰا عَلىٰ أَزْوٰاجِهِمْ* المسـتثنى فيه يعم الزّوجـة التى اشترط فى عقـدها ترک وطيهـا فيكون شـرط ترک وطيها محرّما للحلال الوارد فى الكتاب. و يشـهد لعـدم الفرق ايضا قولهم ببطلان اشتراط ترک التزوج بامرأة أخرى و قد ورد فى صـحيحة منصور بن برزخ وجوب الوفاء به مع انّ إباحته تثبت قبل العقد و الشـرط و ما قيل من اسـتفادة عدم جوازه من سائر الروايات فقد تقدم ضعف دلالتها و انها ناظرة إلى الحكم بشرط الطلاق المعلّق أو الحلف بالطلاق فراجع.

(۱) يظهر من كلام صـاحب القوانين (ره) ان مراده من الشـرط الحرام مـا كـان المشـروط مع قطع النظر عن طريان عنوان الشـرط عليه محرما كشـرط شرب الخمر و الزنا و نحوهما و ما كان الالتزام به حراما للحلال كالالتزام بارتکاب المكروه دوما كتقليم الأظفار بالسن و الالتزام بالإتيان بالمستحب دائما كالنوافل أو بترک المباح دائما كما إذا شرط ان لا يلبس الخز أصلا.

و بتعبير آخر يكون الالتزام بفعل المكروه أو فعل المستحب أو ترک المباح على نحو الدوام و الاستمرار و على نحو العموم من الشرط المحرّم للحلال و اما إذا لم يكن بنحو العموم و الاسـتمرار أصـلا كان يشترط بان لا يلبس هـذا الخز مـدّة أو لا يتزوج بالمرأة الفلانيّة إلى زمان فلا إشـكال فى صـحّة الشـرط حيث لا يحصل بالشـرط حكم كلى على المشـروط عليه ليكون الحادث من تحريم الحلال و وجوب الوفاء بمثل هذا الشروط و ان يكون حكما كليّا الّا انه مجعول من قبل الشارع لا من قبلنا و لو اشترط ان لا يتزوج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۵

[الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد (۱).

بهذه المرأة أبدا أو ان لا يبيع هذا الشيء الخارجي أبدا ففي صحّة الشرط اشكال وجه الأشكال شباهته بتحريم الحلال من حيث العموم في الزمان و وجه صحته انّ التحليل راجع الى شخص خارجي لا إلى الطبيعي.

و المتحصل ان تحريم الحلال بوجه الكلي بالالتزام بترك الطبيعي المباح دوما يحتاج الى سبب شرعي و رخصته شرعيّة و قد ثبت هذه الرخصة في موارد النذر و شبهه بالأمر بالوفاء بالنذور و عدم جواز حنث الحلف و العقد و اما الشرط فليس كذلك كما يدل عليه موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة انتهى كلامه ملخّصا.

أقول يرد على المصنف (ره) انه قد ذكر قرب هذا التفسير من التفسير المتقدم مع ان هذا التفسير لا يرتبط بما تقدم أصلا فانّ على التفسير المتقدم لم يكن الالتزام بترك المباح شرطا حراما و باطلا أصلا بخلاف هذا التفسير كما تقدم نعم يرد على هذا التفسير منه انه لو كان المراد من الشرط المحرم للحلال جعل القضيّة الكليّة و لو في حق المشروط عليه لكان الأمر في الشرط المحلل للحرام ايضا كذلك فلا يكون بأس باشتراط شرب هذا الخمر يوما أو شهرا كما لا يخفي و ثانيا الالتزام بترك المباح دوما و ابدا لا محذور فيه و لا يدخل في الشرط المحرم للحلال و ثالثا ان! نظير هذا الاستثناء قد ذكر في روايات الحلف و الصلح فلا معنى ان يكون النذر و شبهه سببا شرعيا لجواز الالتزام بفعل المستحب دائما أو ترك المباح كذلك و لا يكون الشرط سببا كما لا يخفى.

(۱) المعروف انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لا يكون المشروط منافيا للعقد و الّا يحكم ببطلان الشرط و يستدل على ذلك تارة بأنّه لا يمكن تحقّق العقد مع المشروط المزبور لأنّ مقتضى العقد لا يتخلّف عن العقد و مع الشرط الموجب لعدم تحققه امّا لا يتحقق شيء من العقد أو الشرط أو لا يتحقق الشرط خاصة لكونه تابعا و على كل تقدير فلا شرط و اخرى بأنّ المشروط إذا كان مخالفا لمقتضى العقد يكون مخالفا للكتاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۶

....

و السنّة فانّ مدلولهما ترتب مقتضى العقد على ذلك العقد و لذا ذكر العلامة (ره) ان اشتراط عدم بيع المبيع على المشتري يخالف السنة الدالّة على ان الناس مسلطون على أموالهم.

و ربما يقال ان العقد اى بيع المال من واحد يوجب تسلّطه على بيع ذلك المال فيما إذا لم يشترط عدم البيع عليه و بتعبير آخر يكون جواز بيع المبيع ثانيا من مقتضى إطلاق بيعه منه أولا فلا يكون مخالفا لمقتضى العقد.

و لكن لا- يخفى ان الكلام في اشتراط أمر يكون عدم ذلك الأمر من مقتضى نفس العقد بان لا ينفك عنه لا في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافيا لمقتضى إطلاق العقد و عدم تقيدّه بشرط و الّا فلا منافاة و كيف ما كان فلا إشكال في اشتراط هذا الأمر و انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لا- يكون مخالفا لمقتضى نفس العقد للتسالم على ذلك و انّما الإشكال في تمييز موارد كون المشروط مخالفا لمقتضى نفس العقد عن موارد كونه منافيا لمقتضى إطلاق العقد ليحكم بالفساد على الأوّل و على عدم البأس و النفوذ على الثاني.

فإنه قيل في بعض الموارد ببطلان الشرط لكونه خلاف مقتضى نفس العقد و بصحته في بعضها الآخر مع عدم الفرق بينهما مثلا قيل بعدم جواز شرط ترك البيع أو الهبة على المشتري فإنه يخالف مقتضى الشراء و بجواز شرط العتق و الوقف على المشتري حتى فيما

كان الموقوف عليه البائع و ولده و ما قيل فى الفرق بان العتق مبنى على التغليب غير صحيح فإنه لا يجرى فى جواز اشتراط الوقف.

و الحاصل يقع الإشكال فى تمييز كون الشرط مخالفا لمقتضى نفس العقد أو إطلاقه فى موارد كثيره منها اشتراط ترك البيع على المشترى فانّ المشهور على عدم الجواز و لكن عن العلامة جوازه منها ما ذكره فى الدروس من انه لو اشترى حيوانا و شرك فيه الآخر على ان يكون الربح بينهما و لا خسران عليه فان مقتضى صحيحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۷

....

رفاعة جواز الشرط قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك فى جارية له و قال ان ربحنا فيها فلك نصف الربح و ان كان وضيعة فليس شيء قال لا- أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية و نحوها و لكن عن ابن إدريس عدم جواز الشرط لأنه مخالف لمقتضى الشركة.

أقول ظاهر الصحيحة التشريك بمعنى بيع نصف المشاع على الآخر مع الشرط المزبور و لا بد من ان يراد بالشرط شرط تدارك الخسارة نظير ما ذكروه فى شرط الخسران الشركة فى عقد على العامل و الوجه فى ذلك انّه إذا كان المشروط فى المتاع المشترك فيما إذا اشتراه اثنان بثمن على عهدتهما أو كان المتاع لأحدهما فشرك الآخر فيه و لو ببيع نصفه منه تولية الربح بينهما و الخسران على أحدهما فيتصوّر صور.

الأولى ان يكون المشروط انتقال المقدار المساوى لرأس مال صاحبه من الثمن اليه بمجرد البيع كما إذا اشتريا المتاع بعشرين بالمناصفة و باعا بعشرة فينتقل تمام العشرة إلى ملك المشروط له و الاشتراط بهذا النحو محكوم بالبطلان فإنّ العشرة التى بيع المتاع بها بدل لتمام المتاع لا لنصفه فيكون انتقالها الى ملك أحدهما موجبا لخروج المعوض من كيس و دخول عوضه فى ملك آخر لا يقال لا محذور فى انتقال بدل المال الى غير ملك مالك المعوض بعضا أو كلّا كما فى المضاربة فإنّ الثمن الذى وقع بإزاء المتاع المشترى برأس المال بدل عن ذلك المتاع المملوك لرب المال مع انّه يدخل بعضه فى ملك العامل فإنّه يقال المضاربة تتضمّن التوكيل فى التجارة و جعل بعض الربح بنحو الإشاعة أجرة للعامل و هذا لا محذور فيه فيكون نظير الصورة الثانية. و هى ما إذا اشترط دخول مقدار من رأس المال المملوك لأحد الشريكين ببيع المتاع فى ملك الآخر مع الخسران أو دخول ما يقال رأس مال صاحبه من العين فى ملكه قبل البيع ليكون ثمنه ملكه بالبيع و الشرط فى هذه الصورة بفرضية لا بأس به بناء على انّ شرط الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۰۸

....

بنحو شرط النتيجة مع التعليق و الجهالة صحيح و لا يضرّ كونه تمليكا قبل التملك و لكن هذا مجرد فرض.

الصورة الثالثة ما إذا كان الشرط اى المشروط بنحو شرط الفعل بان يلتزم أحد الشريكين فى عقد الشركة أو عقد آخر ان يتدارك خسران شريكه و هذا النحو من الاشتراط يوافق الارتكاز و لذا لا يفرق بين كون الخسران بحيث يحتاج تداركه الى الإعطاء من غير الثمن أم لا و لا يبعدان يكون ظهور الصحيحة أيضا ذلك. و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا اشترط فى عقد الشركة أو فى عقد آخر زيادة أحدهما فى الربح بالإضافة الى رأس ماله فإنه لا يصح على الصورة الأولى إلّا إذا كان للمشروط له عمل زائد بحيث تكون الزيادة بإزاء عمله فيشبه المضاربة هذا كله فى ربح التجارة و خسرانها.

و امّا إذا كان الاشتراط راجعا الى اختصاص أحد الشريكين بنماء العين المشتركة فهذا لا بأس به سواء كان الاشتراط فى عقد الشركة أو غيره لانّ ما ذكر فى ربح التجارة فى الصورة الأولى لا تجرى فى هذا الفرض و لكن الشرط المزبور ايضا لا يخلو عن التأمل.

و منهـا مـا اشـتهر بینهم من جواز شـرط ضـمان العین فی عاریتها و لا یجوز شـرط ضـمانها فی إجارتها و ربّما یقال کما عن الأردبیلی بجواز شرط الضمان فی الإجارة أیضا لأنّ عدم ضمانها فیها مقتضی إطلاق عقد الإجارة نظیر العاریة.

منهـا التوارث فی عقـد الانقطـاع فـانّ فیه وجوه أربعـة الأـوّل التوارث مطلقـا و لو مع عـدم الاشتراط. الثانی التوارث مع الاشتراط فقط. الثـالث عـدم التوارث مع اشتراط العـدم الرابع عـدم التوارث مطلقـا فـانّ الکلام فی ان التوارث من مقتضـی نفس عقـد الانقطاع کعقد الدوام أو انه من مقتضـی إطلاقه أو ان عقد الانقطاع لا یقتضـی التوارث لا بنفسه و لا بإطلاقه بل یقتضی عدمه و إذا اقتضی عدمه هل اقتضاء عدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۰۹

[الشرط السادس ان لا یکون الشرط مجهولا]

الشرط السادس ان لا یکون الشرط مجهولا (۱).

التوارث بنفس العقد أو بمقتضی إطلاقه.

أقول ان أرید بمقتضی العقد مدلوله فلا ینبغی الریب فی اعتبار عدم کون الشرط مخالفا لمقتضی العقد فإنّه إذا کان منافیا له لا یتحقق قصـد إنشـاء ذلـک المـدلول کما إذا قال بعتک المال علی ان لا یکون المبیع ملکا لک فعلا أو مطلقا أو وهبتک المال علی ان یکون المال لی لا لک الی غیر ذلک.

و اما إذا أریـد من مقتضـی العقـد حکمه سواء کان ذلک الحکم إمضائیا أو تأسیسیّا فإن کان المشـروط عدم ذلک الحکم فلا یصـح الشرط لکونه یخالف الکتاب أو السنّة نعم إذا کان ذلک المقتضی من قبیل الحق لا الحکم فلا بأس باشتراط عدمه و اما اشتراط الفعل أو الترک لحکم المعاملة فقد تقدم الکلام فیه سابقا فلا نعید.

(۱) ذکر (قـده) انه یعتبر فی نفوذ الشـرط عـدم جهالته حیث ان جهالته یوجب الغرر فی البیع لکون الشـرط فی الحقیقـة أمر ینضم الی أحـد العوضـین و الجهالـة فی أحـد العوضـین غرر فی البیع و لذا ذکروا انّه یعتبر فی بیع السـلم و النسـیئة تعیین المدة التی یسـتحق فیها المشتری تسـلم المبیع و البائع تسـلم الثمن مع انّ فی السلم اشتراط تأخیر فی تسلیم المبیع علی العهدة و النسیئة اشتراط التأخیر فی الثمن کذلک.

و لو أغمض عن ذلـک بان بنی علی انّ الشـرط لا ینضم الی أحـد العوضـین مطلقا بل فی خصوص ما کان المشـروط وصـفا فی أحد العوضـین أو تعیین زمان أو مکان لتسـلیمهما و اما إذا کان عملا خارجیّا أو اعتباریّا فلا تکون الجهالـة فی هذا الشـرط موجبا للغرر فی الـبیع یحکم ببطلاـن الشـرط المجهول لمـا رواه العلامـة عن النـبی (ص) من نهیه عن الغرر و هـذا النهی یعم المعاملـة الـتی تکون فیها الجهـل و کـذا الشـرط المجهول فیها و لا بأس بإرساله فی الاعتماد علیه لانجبار ضـعفه بعمل المشـهور حیث یحکمون بفساد المعاملة التی فیها جهل حتی فی مثل الوکالة و غیرها من المعاملات الجائزة نعم بطلان الشرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۰

....

لا یوجب بطلان البیع علی الأظهر فیما یأتی مسألة کون الشرط الفساد مفسدا للعقد أم لا.

ثم ذکر قـده أن جهالـة الشـرط یوجب الجهالـة فی أحد العوضـین و لذلک یکون البیع غرریّا و فرع علی ذلک عدم المساعدة علی ما ذکر العلامـة (قـده) فی حمل الحیوان و بیض الدجاجة و مال العبد فیما إذا جهل مقداره انه لو وقع البیع و اشترط فیه الحمل أو البیض

للمشتری صح البیع لان الشرط تابع و لا یضرّ جهالة التابع بخلاف ما إذا قال بعت الدابّة مع حملها بکذا فإنه یحکم ببطلان البیع للجهالة فی أحد العوضین.

و عن الدروس لو جعل الحمل جزءا یصح البیع أیضا لأن الحمل تابع و کذا مال العبد بناء علی أنه یملک فان ماله لکونه تابعا للعبد لا یضر فیه الجهالة و لا یجری فیه الربا بخلاف ما إذا قیل بأنه لا یملک فانّ المال علی ذلک لا یتبع العبد فیعتبر فی بیعه مع ماله أو بشرط ماله العلم بمقدار المال و عدم لزوم الربا لکن الأظهر مع اختلاف الکلمات اعتبار عدم الجهالة فی الشرط مطلقا الّا فیما إذا کان الشرط بحیث یعدّ فی العرف تابعا غیر مقصود بالبیع کبیض الدجاجة و الوجه فی ذلک عموم النهی عن الغرر و کون التراضی بالبیع منوطا بالشرط علی ما فی کلماتهم فیکون الشرط دخیلا فی تحقق نفس البیع و الجهالة فیه موجبة للجهالة فی البیع.

أقول قد تقدم ان إنشاء البیع منوط بالشرط بمعناه المصدری و هو حاصل علی الفرض و اما الشرط بمعنی المشروط فلا یکون إنشاء البیع معلقا علیه و الّا بطل للتعلیق و انّ الجهالة فی المشروط یوجب الغرر فی البیع فیما إذا کان المشروط وصفا لأحد العوضین أو تعیّنا الزمان استحقاق التسلیم أو التّسلم أو مکانهما لا مطلقا فانّ البیع تملیک عین بعوض و لو کان المشروط امرا خارجا عن العوضین کما إذا کان عملا خارجیا و اعتباریّا فلا یوجب جهالته جهالة فی البیع و النهی عن الغرر غیر ثابت و اعتبار التعیین

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۱

[الشرط السابع ان لا یکون مستلزما لمحال]

ان لا یکون مستلزما لمحال (۱).

فی غیر البیع من المعاملات المبتنیة علی المداقة و المغابنة مستفاد مما ورد فی البیع حیث لا فرق بحسب المتفاهم العرفی بینه و بینها من تلک الجهة.

ثم انّ مسألة التابع لأحد العوضین لا یجری فی هذا الفرض بل یجری فی الفرض الأول فلا حظ و تدبر.

ثم انّه لا یبعد دعوی عدم البأس بشرط مجهول راجع الی أحد العوضین بان یکون المشروط مالا مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف و ذلک للأخذ بمقتضی ما ورد فی جواز بیع المجهول منضّما الی معلوم فإنه إذا کان ظاهر تلک الروایات جعل المجهول جزءا من أحد العوضین فلا یحتمل صحته و عدم صحّة جعل المجهول شرطا.

و عن السید الیزدی (قده) انه لا بأس بالشرط المجهول إذا کان له واقع معین کما إذا أباع المال بکذا علی ان یفعل المشتری ما یقوله زید و امّا إذا لم یکن له واقع معین فلا یصح کما إذا قال بعتک المال بکذا علی ان یفعل شیئا و الوجه فی الفرق ان البیع فی الصورة الثانیة یکون غرریّا بخلاف الصورة الأولی فإنّه لا ینطبق الغرر علی البیع و لکن لا یخفی أن التفرقة بین الصورتین غیر وجیه فانّ البیع هو تملیک عین بعوض فان کان المشروط المجهول لا حقا بأحد العوضین فیحکم ببطلانه فی الصورتین و الّا فلا یکون البیع غرریّا و لا یحکم ببطلانه و بتعبیر آخر عنوان العقد و ان یعمّ المعاملة بشرطها و لذا یحکم بلزوم الشرط کنفس المعاملة الّا ان عنوان البیع لا یعم الشرط و لا یکون الغرر فیه غررا فی البیع.

(۱) إذا کان تحقق المشروط مستلزما لمحال یکون ذلک من شرط المحال و غیر المقدور و قد تقدم عدم تعلّق الالتزام بغیر المقدور فضلا عن المحال و امّا ما یذکر فی المقام مثالا لذلک بان باع منه شیئا و اشترط علیه ان یبیعه منه ثانیا فلا یخفی ما فیه فان الاشتراط المزبور فی نفسه لا بأس به و لا یستلزم دورا و لا غیره حتی فیما إذا کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۲

....

المشروط بیع المتاع من بایعه بنحو شرط النتیجة لأن بالبیع یدخل المبیع فی ملک المشتری و بالشرط یخرج من ملکه الی ملک بایعه لأنّ المراد بالشرط فی المقام الشرط فی المعاملة لا الشرط من اجزاء العلة و لو امتنع اشتراط ان یبیعه منه ثانیا لأمتنع اشتراط ان یبیعه من غیره بعد شرائه لأنّ المراد من بیعه من غیره البیع عن نفسه بحیث یدخل الثمن فی ملکه کما یخرج المثمن من ملکه ایضا و البیع فضولا أو بنحو الوکالة لا یدخل فی شرط البیع المفروض و لکن یرفع الید عن الجواز بالإضافة إلی اشتراط بیع المال من بایعه ثانیا و یحکم ببطلان الشرط بل بطلان البیع المشروط أخذا بظاهر صحیحة علی ابن جعفر عن أخیه موسی ابن جعفر علیه السلام قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلی أجل ثم اشتراه بخمسه دراهم بنقد أ یحلّ قال إذا لم یشترط و رضیا فلا بأس و قریب منها غیرها و هذا مع اختلاف الثمنین.

و ذکر السید الیزدی (قده) مثالا آخر لهذا الاشتراط کما إذا نذر أن ماله المعین لزید علی تقدیر وجوب الکنس علیه ثم باع ذلک المال من عمرو و اشترط عمرو علیه کنس المسجد فإنه إذا صح هذا الشرط و وجوب علیه الکنس للزم دخول المبیع فی ملک زید کما هو مقتضی نذر کونه له بنحو نذر النتیجة و إذا دخل فی ملکه لزم بطلان البیع من عمرو و علی ذلک فیلزم من صحّة الشرط انتفاء المعاملة الّتی وقع الشرط المزبور فی ضمنها.

أقول لو فرض صحّة النذر المزبور کما إذا وقع شکرا لوجوب کنس المسجد لوجب علی الناذر وجوب الکنس باشتراطه فی بیع المال من عمرو و لکن لا یبطل البیع المزبور و لا یدخل المبیع فی ملک زید لأنّ نذر المال له بنحو شرط النتیجة علی تقدیر وجوب الکنس و علی تقدیر بقاء المال فی ملکه و لا یعم فرض خروجه الی ملک الآخر بناقل اختیاری أو قهری کما لا یخفی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۳

....

و الحاصل لسنا ندعی ان انتقال المال الی زید متأخر عن انتقاله الی عمرو رتبة و مع انتقاله الی عمرو فی رتبة سابقة لا یبقی مجال للمتأخر لیقال ان انتقال المال الی زید إنّما یتأخر عن وجوب الکنس لا عن انتقال المال الی عمرو و انتقال المال الی عمرو و ان کان فی رتبة وجوب الکنس الّا ان المتأخر عن أحد الشیئین فی رتبة واحدة لا یتأخّر عن الآخر منهما أیضا لأن الملاک التأخر رتبة و هی العلیة و المعلولیّة یختص بأحد الشیئین.

بل المدعی ان نذر المال لزید مشروطا بوجوب کنس المسجد علیه بنحو القضیّة الشرطیّة مقتضاه تحقّق انتقال المال الی زید علی تقدیر بقاء المال فی ملک الناذر عند وجوب الکنس علی ذلک الناذر کما فی سائر النذور المعلقة أی المشروطة و من الظاهر ان القضیة الشرطیة لا تتکفل لا ثبات الشرط الوارد فیها کما انها لا تنفیه و نظیرها القضیة الحملیّة الّتی بمفاد القضیّة الحقیقیّة فإن هذه القضیّة لا تتکفّل لإثبات موضوعها أو نفیها و لذا لا تنافی القضیة الشرطیّة أو الحقیقیة القضیّة الأخری النافیة لتحقق الشرط أو نفی تحقق الموضوع. و علی ذلک فإذا باع الناذر المال من عمرو علی شرط وجوب الکنس علی البائع فیعمّه أحل اللّه البیع فیخرج المال المزبور عن ملک الناذر و لا یبقی لرجوع المال الی زید موضوع أی شرطه و هو بقاء المال علی ملک الناذر.

نعم یبقی الکلام فی انّ هذا الانتقال حنث للنذر أم لا. و الصحیح کما ذکرنا فی محله انه لو کان النذر بمجرد مفاد القضیّة الشرطیّة فقط فلا حنث لأنّ نذر الانتقال کما هو معلق علی وجوب الکنس کذلک معلق علی بقاء المال علی ملک الناذر و مع خروج المال عن ملکه کعدم وجوب الکنس لا نذر و امّا کان مع الالتزام بإبقاء المال الی زمان یحتمل فیه حصول الشرط کما هو المتفاهم مثل قول الناذر للّه علیّ التصدق بهذا المال علی تقدیر مجیء مسافری أو شفاء مریضی و نحو ذلک فاللازم إبقاء المال و لو

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۴

[الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]

فى اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد (١).

أتلفه أو أخرجه عن ملكه مع احتمال حصول الشرط مطلقا أو فى زمان عينه فعليه كفارة الحنث كما انّه لو لم يخرجه و لكن لم يتصدق مع تحقق الشرط يتحقّق الحنث و لا يبعدان يكون المثال من هذا القبيل ايضا و اللّه سبحانه هو العالم.

(١) اختلف كلماتهم فى اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد بحيث لا- يكفى ذكره قبله حتى فيما كان من قصدهما بناء العقد على المذكور قبله فإنّه يظهر من بعضهم كما صرّح به بعضهم الآخر اعتبار ذكره فى متن العقد و يذكر فى وجه الاعتبار انّ المشروط عليه قبل العقد ان التزم بشىء فهذا يدخل فى الالتزام الابتدائى فلا يجب الوفاء به حتى ما لو فرض انّه كان على التزامه الى ان وقع العقد أو حتى كان على التزامه بعد العقد أيضا فإنّ بقائه على التزامه لا يخرجه عن الالتزام الابتدائى. و ان لم يلتزم بذلك الشىء قبل العقد بل وعد بالتزامه فى ضمن العقد فمع عدم ذكره فى متن العقد لم يتحقّق الالتزام بذلك الشىء لا قبل العقد و لا فيه.

و ربّما يؤيّد ذلك بما ذكروا فى باب الربا فى الاحتيال للتخلص من الربا من انه لو عاوض أحد المتجانسين بأزيد منه و كان من قصدهما المبادلة مثلا بمثل و هبة المقدار الزائد فلا بأس فيما إذا لم يشترط الهبة فى البيع و وجه التأييد انه لا يكون هذا التخلص عادة إلّا بالتواطى عليه قبل المعاملة و لو كان التوافق بشىء قبل المعاملة بمنزلة الاشتراط لكان هبة الزائد شرطا لا محالة فتدخل المعاملة فى الربا حيث ان الربا تعم الزيادة العينيّة و الحكمية و شرط هبة المقدار الزائد من الزيادة الحكميّة.

و كذا يؤيّد بما ذكر العلامة و قبله المحقق فى بيع المرابحة بأنّه يجوز للبائع عند إرادته الاخبار برأس ماله ان يبيع ذلك المال من آخر بمقدار يريد الأخبار بذلك المقدار و يشترى منه ثانيا بذلك المقدار و يخبر عند إرادته البيع مرابحة برأس ماله و انه ذلك المقدار و هذا كاشف عن انه لا يجرى على المذكور قبل العقد و بناء العقد عليه حكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۱۵

....

الشرط لما تقدم من بطلان البيع بشرط بيع المشترى المال من بايعه ثانيا و لو كان التوافق قبل العقد فى حكم الشرط لكان بيع المالك المال علاجا لأخباره برأس المال باطلا لأنه قد اشترط فيه بيع المشترى المال منه ثانيا. أقول لعل مرادهما من الجواز الحكم بصحة البيع و حليته نفسه تكليفا لا- الاخبار برأس المال اعتمادا على ذلك البيع فإنّ الأخبار المزبور يكون غشا فى بيع المرابحة فيحكم بحرمته تكليفا هذا مع عدم التأييد فيما ذكراه خصوصا فى مسألة نسيان ذكر المدة فإن الحكم بانقلاب العقد مع نسيان ذكره على تقديره حكم تعبدّى و لكن قد ذكرنا فى المسألة ان ذكر الأجل و لو إجمالا مقوم لعقد المتعة فمع عدم ذكره لا متعة لا انّه ينقلب دائما و النص الوارد ناظر إلى التفرقة بين العقدين فى الإنشاء لا الى الحكم بالدوام و لو مع عدم القصد و اما عدم التأييد فى غير هذه المسألة فإن مجرد التوافق على شىء لا يوجب بناء العقد عليه و انّما يكون العقد مبتيا فيما إذا كان مقتضى التوافق ثبوت الحق لأحدهما على الآخر بحيث يستحقّ له المطالبة به و إلزام الآخر بالعمل على ذلك التوافق و قد تقدم بيان ذلك فى اشتراط البيع من البائع ثانيا فى بيعه أولا.

قد يقال الإنصاف انه لو كان الشرط ارتباطه بالعقد بالظرفيّة و المظروفية كما هو ظاهر القاموس لكان اللازم اعتبار ذكر المشروط فى متن العقد و الّا فلا ظرفية نعم بناء على ما ذكرنا من الارتباط فيتحقّق معنى الشرط و لو بذكره قبل العقد و فيه ايضا ما لا يخفى.

و اما ما ذكره المصنف فى وجه الكفاية انّ التراضى بالعقد مبنى على ذلك الأمر المذكور قبل العقد ففيه انه لو كان المراد بالإناطة

التعلیق فتعلیق طیب النفس بالمعاملة علی تقدیر تحقّق ذلک الأمر یوجب بطلان المعاملة مع عدم تحققه. لا کون العقد خیاریّا و کذا مع تعلیق نفس المعاملة علی المشروط أضف الی ذلک عدم اعتبار طیب النفس فی المعاملة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۶

[و قد یتوهم هنا شرط تاسع]

و قد یتوهم هنا شرط تاسع (۱).

و أما الاستدلال علی اعتبار ذکر الشرط فی متن العقد و عدم الاکتفاء بذکره قبله و بناء العقد علیه بأنّ الشرط کالجزء من أحد العوضین فیکون رکنا فی البیع فیعتبر ذکره فیه و لا- یستغنی بذکره قبله کما هو الحال فی العوضین فلا یمکن المساعدة علیه فلأنّ الشرط لا یکون جزءا و لا کالجزء من أحد العوضین هذا أولا و ثانیا لا یعتبر ذکر العوضین فی إنشاء البیع فان نفس البیع أمر إنشائی و الإبراز مقوّم له و لکن العوضین فلا بد من معلومیّة و هو یحصل بتعینهما و ذکرهما و لو قبل البیع کما لا یخفی.

(۱) ذکر (قده) ما حاصله انه قد یتوهم فی نفوذ الشرط اعتبار عدم تعلیقه و الّا بطل الشرط بل العقد ایضا و یقال فی وجه ذلک انّ الشرط سواء کان من شرط الفعل أو غیره یرجع الی أحد العوضین ای ینضم إلی أحدهما و لو لم یکن فیه تعلیق فلا یکون فی ضمّه إلی أحدهما محذور بخلاف ما إذا کان معلقا فانّ التعلیق فی الشرط یوجب التعلیق فی أصل البیع لأن البیع الجاری علی المنضم معلق علی حصول الشرط و لو قال بعت هذا المال بدرهم علی ان تخیط ثوبی إذا جاء زید من سفره یکون مبادلة المال المزبور بالدرهم المنضم إلیه خیاطة ثوبه علی تقدیر مجیء زید لا- علی کل تقدیر بل یجری البیع علی تقدیر عدم مجیئه بالدرهم المجرّد فیدخل بذلک الفرض فی بیع الشیء بثمنین المحکوم بالبطلان بلا ریب کما یأتی فی مسألة بعته حالا بکذا و نسیئة بکذا.

و یندفع الوهم و وجهه بان التقدیر یرجع الی الشرط بمعنی المشروط و لا یکون قیدا للشرط بالمعنی المصدری و لا لأصل المعاوضة لیکون مقتضی ذلک وقع المعاوضة بین المال المزبور و الدرهم المنضم إلیه الخیاطة المطلقة فی فرض مجیء زید من سفره و وقوعها بینه و بین الدرهم المجرد علی تقدیر عدم مجیئه.

و بتعبیر آخر لو کان مجیء زید قیدا للمشروط إلی الخیاطة فلا یکون فی البین إلّا معاوضة واحدة و هی بیع المال المزبور بالدرهم المنضم إلیه الخیاطة الخاصة أی الخیاطة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۷

....

علی تقدیر مجیء زید من غیر ان یکون تعلیق فی الشرط بمعنی الالتزام بالخیاطة و لا فی الالتزام بالنقل و لا إنشاء المعاوضتین علی تقدیرین بل المنشأ مبادلة واحدة و هی بیع المال بإزاء الدرهم المنضم إلیه الخیاطة الخاصّة و هی الخیاطة علی تقدیر مجیء زید.

و هذا الفرق و ان لا یوجب الاختلاف مع ما سبق فی النتیجة الّا انّه یوجبه فی الإنشاء فیمکن کونه وجها فی فساد المعاملة و صحتها لکون المعاملة من الإنشاءات نظیر ما یقال فی الفرق بین قول القائل إذا جاء أول الشهر فأنت وکیلی فی بیع داری و قول الآخر أنت وکیلی فی بیع داری أول الشهر الآتی فإنّهم ذکروا بطلان الأول لتعلیق الوکالة و صحّة الثانی لأن القید علیه راجع الی متعلق الوکالة لا لنفسها علی ما هو المعروف فی الفرق بین الواجب المشروط و الواجب المعلّق.

ثمّ ان العلامة قد أشکل فی اشتراط البائع علی المشتری کونه أحق بالمبیع لو باعه و قد توهم انّ الاشکال لاعتبار التنجیز فی الشرط و لکنه فاسد بل اشکاله لعدم جواز اشتراط بیع المال من بایعه ثانیا کما یأتی و الاشتراط المزبور یدخل فی الشرط المزبور و لو علی

تقدیر ارادهٔ المشتری بیع المال و یشهد لفساد الوهم ان العلامهٔ و کثیر منهم ذکروا ان ردّ الثمن فی بیع الخیار شرط النفس الخیار فیکون الخیار المشروط معلقا علی رد الثمن لا الفسخ بالخیار و لو کان التنجیز فی الشرط معتبرا لما کان ردّه قیدا لنفس الخیار.

و وجّه المحقق الإیروانی قده کلام المصنّف فی المقام بان المنضم الی أحد العوضین لیس الشرط بمعنی المشروط بل الشرط بالمعنی المصدری و علیه فلا یکون فی البیع تعلیق و تقدیر و لا بیعین علی تقدیرین و الحاصل ان المال المزبور یعوّض بالدّرهم المنضم الیه التعهد بالخیاطهٔ علی تقدیر مجیء زید علی کل تقدیر سواء حصلت الخیاطهٔ خارجا أم لا و مجیء زید یتوقف علیه الملتزم به الّذی لا یکون جزءا من العوضین أصلا.

أقول قد تقدم سابقا انّ الشرط لا یکون جزءا من أحد العوضین لا بمعنی المشروط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۸

....

و لا- بالمعنی المصدری فإنّ البیع فی حقیقته تملیک المال بالعوض بحیث یدخل العوض فی ملک مالک المعوّض و الشرط بمعنی المشروط و لو کان عملا لا یدخل فی ملک البائع و لذا لا یکون له مع تخلف الشرط المطالبهٔ بالبدل و لو کانت الخیاطهٔ ملکا للبائع لکان له مع عدمها المطالبهٔ ببدلها لإتلاف المشتری بترکه العمل و کذلک لا یکون الشرط بالمعنی المصدری ملکا للبائع فإن تعهد المشتری لا یدخل فی ملک البائع و لا فی ملک غیره فی اعتبار العقلاء کما یظهر ذلک بتفتیش ما هو المرتکز عند العقلاء من حقیقهٔ البیع أو نحوه و ذکرنا ان التعهد و هو الشرط بالمعنی المصدری قید لنفس المعاملهٔ فإنها علی تقدیره و یحصل عند المعاملهٔ و اما المتعهد به عملا کان أو غیره فلا یکون قیدا لا للمعاملهٔ و لا لأحد العوضین و علیه فلا یحصل من تعلیق المتعهد به تعلیق فی ناحیهٔ أصل المعاملهٔ و العقد کما لا یخفی.

ثم انّه لا یبعدان یکون التعلیق فی الشرط راجعا الی نفس الالتزام الشرطی بمعنی انه لا یکون التزام بالخیاطهٔ علی تقدیر عدم المجیء و هذا التعلیق لا یرجع الی نفس العقد بل العقد یکون معلّقا علی الالتزام بالخیاطهٔ المشروطهٔ و لیس فی البین ما یدل علی اعتبار الإطلاق فی الاشتراط فی المعاملات بل المقدار الثابت بطلان العقود و الإیقاعات بالتعلیق علی ما ذکرنا فی محلّه و لو کان الأصل المعاملهٔ غیر مکره علیه و کان الإکراه علی الاشتراط فقط کما إذا قال إذا بعت فاشترط علی نفسی کذا فالشرط غیر صحیح بمعنی انه موقوف علی الإجارهٔ بعد ارتفاع الإکراه.

أقول ظاهر کلامه المحتاج إلی الإجازهٔ الشرط لا أصل العقد و نفس المعاملهٔ و انه إذا لم یلحقه الإجازهٔ یثبت أصل المعاملهٔ لا الشرط فیها و لا یرد علیه عدم جریان الإجازهٔ فی الإیقاعات لأن الشرط فی العقود غیر داخل فی الإیقاعات نعم لا بد من اقامهٔ الدلیل علی نفوذ الإجازهٔ فی کل أمر إنشائی مکره علیه لا یکون من الإیقاعات و قد تعرّضنا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱۹

[مسألهٔ فی حکم الشرط الصحیح]

اشارهٔ

من صفات المبیع الشخصی (۱). أو غیرهما (۲).

لذلک فی إجازهٔ العقد المکره علیه و لا- یفرق فی نفوذ الإجازهٔ بین القول بان الشرط التزام فی التزام کما هو ظاهر القاموس أو ان معنی الاشتراط تعلیق العقد علی الالتزام بأمر من عمل اعتباری أو خارجی أو وضعی فإن مقتضی حدیث الرفع الإکراه عدم الحکم

للالتزام أو التعليق إذا كان عن إكراه فتدبر جيدا فان صدق الإكراه على الاشتراط مع الاختيار فى المعاملة لا يخلو عن تأمّل.
ثم انّه ذكر (قده) شرطا آخر لنفوذ الشرط و هو ان لا- يكون الشرط فى المعاملة خلاف الشرع و ان كان المشروط فى نفسه عملا مشروعا و مباحا كما إذا اشترط فى بيع أحد الربويين بمثله شرطا كخياطة الثوب فإنّ الخياطة فى نفسها عمل مشروع لكن اشتراطها يوجب كون البيع داخلا- فى عنوان الربا الذى خلاف الشرع و لكن أورد على ذلك بان المحرم ليس نفس الاشتراط بل تحصيل الحرام بمجموع العوض و الاشتراط فإنه يحصل بهما الربا.
أقول ما ذكر انّما يتم بالإضافة إلى الحكم التكليفى يعنى حرمة الربا تكليفا و امّا بالإضافة إلى الوضع اى الفساد فالفاسد فى الفرض هو الشرط فقط بناء على ما تقدم من ان الشرط فى المعاملة أمر زائد عليها و لا ينضم الى أحد العوضين حيث ان الفرض إنشاء مبادلة الشيء بمثله حاصلة و الاشتراط على المشروط عليه أمر زائد عليها فيكون سحتا نظير ما ذكر فى اشتراط الزيادة فى القرض فتدّبر.
(۱) بخلاف ما إذا كان المبيع كليّا فإنّه يكون للمشترى استرداد فاقد الوصف و مطالبة البائع بواجده لا الخيار فى فسخ العقد نعم لو امتنع البائع عن اقباض واجده لكان للمشترى خيار الفسخ لأن إقباض المبيع حالا فى البيع الحال و على رأس المدة كما فى السلم شرط ارتكازى و يكون من شرط الفعل لا الوصف.
(۲) بان يكون الشرط بمعنى المشروط فعل غير المتعاقدين كما إذا قال بعتك هذا
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲۰
....

المتاع بكذا على ان تخيط ثوبى هذا فلان و قال المشترى قبلت.
و ذكر السيد اليزدى (قده) لا يناقش فى هذا الاشتراط بأنّه يعتبر فى شرط الفعل على المشترى تمكّنه على ذلك الفعل و فعل الثالث غير مقدور للمشترى و ذلك فان المعتبر فى شرط الفعل تمكّن المشروط عليه و هو فى الفرض هو الثالث القادر على فعله و لذا يعتبر قبوله لأنّه طرف فى المعاملة المفروضة و لا بعد فى انّ يكون المشروط عليه فى المعاملة متعدّدا بان يكون فى المعاملة المفروضة المشروط عليه كل من المشترى و الثالث فيعتبر قبول كل منهما.
و بتعبير آخر المشترى يلتزم بفعل الغير و الغير يلتزم بفعل نفسه و نظير ذلك ما إذا باع العين من المشترى على ان يضمن ثالث الثمن حيث يعتبر فى تحقق البيع و الشرط قبول كل من البائع و المشترى.
أقول لو كان المشروط فى حقيقته فعل الغير لا من قبيل شرط فعل نفسه أو من قبيل شرط النتيجة على ما يأتى فمرجع الاشتراط نظير اشتراط الوصف فى المبيع الى اشتراط الخيار على تقدير عدم وقوع الفعل عن الغير و المشروط عليه فى الخيار المشروط فى المثال هو المشترى لا الثالث بل التزام الثالث بالخياطة يدخله فى الالتزام الابتدائى بالإضافة إليه لا الشرط فلا يجب عليه شيء حتى مع قبوله.
و الحاصل تحقق العقد و الشرط فيما إذا كان المشروط نظير فعل الخياطة عن الأجنبى لا يتوقف على قبول الثالث بل قبوله و عدمه سيّان فى تحققهما و عدمهما بخلاف ما إذا كان المشروط من قبيل ضمان الثالث الثمن فى البيع فإنّه يتوقف تحقق الضمان الذى من قبيل شرط النتيجة فى العقد لا الإيقاع على قبول ذلك الثالث فاعتبار قبوله لتحقق عقد الضمان الحاصل باشتراط البائع و قبول الأجنبى فيكون المشترى طرفا للبيع المشروط فيه ضمان الثالث كما يكون الثالث طرفا فى عقد
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲۱

[شرط الصفة]

و لا إشكال فى انه لا حكم للقسم الأول الا الخيار (۱).

الضمان الحاصل بإنشاء البائع بعنوان الشرط فی المعاملة و قبول ذلک الثالث فتدبر جیدا.

(۱) ذکر (قده) انه لا حکم للشرط فی القسم الأول أی اشتراط وصف فی المبیع غیر الخیار علی تقدیر عدم ذلک الوصف و ان عموم المؤمنون عند شروطهم لا یعم هذا القسم لعدم إمکان تحصیل الوصف لیجب الوفاء به.

أقول یرد علیه أولا- بأنّ المؤمنون عند شروطهم و ان یکون بمعنی أوفوا بالشروط کما یفصح عن ذلک قوله علیه السلام من شرط لأمرائه شرطا فلیف به فإن المؤمنون عند شروطهم الّا ان القضیّة المزبورة انحلالیة باعتبار الشروط و العقود فکل شرط محکوم بوجوب الوفاء به و لا- مانع عن کون وجوب الوفاء بالإضافة الی بعض الشروط تکلیفا فیعتبر فی متعلّقه التمکن و بالإضافة إلی البعض الآخر إرشادا إلی الوضع کما نذکره فی شرط النتیجة یعنی الإرشاد إلی إمضائها فلا یعتبر فی متعلقة التمکن و لا یکون استعمال صیغة الأمر فی موارد الانحلال بالإرشاد إلی الوضع فی البعض و بالتکلیف فی البعض الآخر من استعمال اللفظ فی أکثر من معنی لأن الإرشاد و التکلیف غیر داخل فی مدلول الصیغة بل یختلف الطلب إرشادا و تکلیفا باختلاف الداعی إلی إنشاء الطلب فیکون وجوب الوفاء فی شرط الوصف إرشادا إلی إمضاء الخیار المجعول علی تقدیر فقده.

و ثانیا علی تقدیر الإغماض عن ذلک و الالتزام بان وجوب الوفاء بالشّرط تکلیف یستفاد منه الوضع بحسب الموارد الّا ان متعلق التکلیف لیس إیجاد المشروط فقط بل یعم الفعل المترتب علی النتیجة و المشروط کما یصرح (قده) فی شرط الغایة و فیما نحن فیه الفعل المترتب علی ثبوت الخیار ردّ الثمن و نحوه علی تقدیر فسخ المشتری علیه فینتزع منه ثبوت الخیار و الّا فمن این یثبت الخیار فی الفرض و لعل مراده (قده) أن انه لا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۲۲

[شرط النتیجة]

و اما القسم الثالث فإن أرید اشتراط الغایة (۱).

حکم للقسم الأول بمعنی إیجاد الشرط کما فی شرط الفعل لکن تعلیله بأن المؤمنون عند شروطهم لا یعم هذا القسم کما تری.

(۱) القسم الثالث من الشرط ما إذا کان المشروط امرا وضعیا ای جعلیّا سواء کان ذلک الأمر الوضعی من قبیل نتیجة العقد أو الإیقاع أو غیرها کاشتراط الخیار لأحد المتعاقدین فی ضمن العقد فتحصیص القسم الثالث بأحد الأولین کما هو ظاهر المصنف (ره) حیث عبر عن هذا القسم بکون المشروط غایة أی نتیجة العقد أو الإیقاع بلا وجه.

و ذکر (قده) ان کان المراد باشتراط الملکیّة أو الزوجیّة اشتراط تحصیلهما باسبابهما الشرعیّة فهذا یدخل فی القسم الثانی أی ما إذا کان المشروط فعلا حیث لا یفرق فی القسم الثانی بین کون الفعل المشروط خارجیّا أو کان من قبیل الإنشائیات و اما ان کان المراد حصول الملکیة أو الزوجیّة بنفس الاشتراط کما إذا باع العین منه بکذا علی ان تکون بنته زوجة للبائع بمهر کذا و قبله المشتری بناء علی ولایة لأب فی نکاح بنته الباکرة فإن کانت الغایة مما تحصل بسبب خاص کالزوجیّة بناء علی اعتبار الصیغة الخاصّة فی النکاح کالطلاق فیحکم ببطلان ذلک الشرط أی المشروط حیث انّ حصوله بالشرط خلاف الکتاب أو السنة لأن المفروض دلالتهما علی اعتبار صیغة خاصّة فی حصوله.

و بذلک یظهر الحال فی اشتراط کون حرّ عبدا أو انعتاق العبد حیث ان العبودیّة لا تحصل إلّا بالغلبة و الاستیلاء و الانعتاق بالعتق و کذا اشتراط کون المرهون مبیعا عند انقضاء الأجل حیث انّ الشرط المزبور بمعناه المصدری یدخل فی البیع تعلیقا و التعلیق فی البیع مبطل حتّی ما إذا کان بصورة الاشتراط فی عقد.

كما انّه إذا قام الدليل على حصول الغاية بالشرط أيضا كالوكالة و الوصاية أو كون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲۳

....

مال تابع للمبيع ملكا للمشترى كمال العبد فى بيعه أو حمل الدابة فى بيعها أو الثمرة فى بيع الشجرة فلا اشكال.

و امّا إذا لم يثبت شىء من الأمرين كما إذا اشترى فى بيع شىء كون شىء آخر غير تابع للمبيع ملكا للمشترى أو كون المال الفلانى صدقة أو اشتراط كون العبد الفلانى حرا ففيه إشكال فإنّ وجه عدم صحة الشرط المزبور جريان الاستصحاب فى ناحية عدم تحققه و عموم المؤمنون عند شروطهم لا- يعم الفرض لينتزع من شموله صحّة الشرط فانّ الشرط فى الفرض ليس فعلا على المشروط عليه ليتعلّق به وجوب الوفاء و وجه الصحة شمول العموم المزبور بدعوى انه يكفى فى شموله ان يكون المترتب على تلك الغاية فعلا و لا يعتبر كون الغاية المشروطة بنفسها فعلا نظير وجوب الوفاء بالعهد و وجوب الوفاء بالعقد بل مقتضى عموم- أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ايضا وجوب الفعل المترتب على الغاية حيث انّ الشرط المزبور جزء من العقد فيعمه الحكم المترتب على العقد و على ذلك فلا تصل النوبة إلى أصالة عدم تحقق الشرط بمعنى المشروط فيحكم بصحّته.

أقول ما ذكر (قده) أولا من ان شرط الانعتاق غير صحيح لأنّه قام الدليل على احتياجه الى سبب خاص و ما ذكره بعد ذلك من ان شرط كون العبد حرا مما لم يتم فيه الدليل على أحد الوجهين متهافتان حيث ليس الانعتاق الّا كون العبد حرا.

ثم ذكر (قده) و يشهد لعموم المؤمنون عند شروطهم القسم الثالث تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم فى موارد كلّها من قبيل شرط الأمر الوضعى كعدم الخيار للأمة فى نكاحها فيما أعانها ولد زوجها فى أداء المال و اشتراط عدم الخيار المزبور فى اعانتها و دعوى ان شرط الملكية بنحو الغاية غير صحيح لأن الملكيّة تتوقف على أسباب خاصّة مدفوع بأنه يكفى فيها مطلق التمليك و لو كان ذلك بالاشتراط كما يظهر ذلك من اتفاقهم على اشتراط ملكيّة حمل الدابّة للمشترى فى بيعها و كذا ملكيّة مال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲۴

....

العبد لمشتريه فى بيعه.

و دعوى ان ذلك لكون الحمل و مال العبد من توابع الأم و العبد و لا يعم ما إذا اشترط ملكيّة شىء غير تابع لا يمكن المساعدة عليها فإنّه لا فرق فى عدم توقف الملكية على سبب خاص بين التابع و غيره كما يظهر ذلك ممن ذكر انّه لا فرق فى اشتراط ملكيّة الحمل بين كونه فى بيع الأم أو غيره.

أقول قد يقال انّه لا يمكن الأخذ بعموم المؤمنون عند شروطهم فيما إذا احتمل دخالة سبب خاص فى تحقق ذلك الأمر الوضعى بحيث لا يكون ذلك السبب بالشرط و بتعبير آخر لو كان فى مورد الأمر الوضعى ما يكون مثبتا لحصوله بلا حاجة الى سبب خاص و لو كان ذلك المثبت العموم أو الإطلاق فى دليل اعتباره فضلا عن الدليل الخاص فيكون شرط ذلك الأمر بنحو النتيجة بلا اشكال حيث يعمّه المؤمنون عند شروطهم و يثبت حصوله بالشرط ايضا و لا يحتاج إلى إنشائه استقلالا كما فى ملكيّة المال بعوض. فإنّه لو كان المنشأ أمرا استقلالا يدخل فى قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إذا اشترط فى ضمن عقد كما إذا زوجت المرأة نفسها و على مهر و اشترطت على زوجها كون داره لها بإزاء المهر و قبله الزّوج فانّ المشروط لو لم يدخل بالشرط فى عنوان البيع لعدم إنشاء مستقل فلا ريب فى انه يعمّه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم.

و امّا إذا لم يكن فى البين مثبت لذلك لعدم العموم أو الإطلاق فى دليل اعتباره بحيث وصلت النوبة الى الأصل العملى فالأصل عدم

تحقق ذلك الأمر بالشرط و نحوه و عموم المؤمنون عند شروطهم لا يعمّه لأنه مخصّص بما إذا لم يكن الشرط مخالفا للشرع فيحرز بالأصل المستثنى نعم لو كان الفعل المشروط فعلا خارجيّا و شك فى حرمته و حليته و جرى فيه أصالة الحلية يكون بالشرط فى العقد واجب الوفاء لأن أصالة الحلية يخرجه عن كونه مخالفا للشرع. و قد أجاب (قده) فيما تقدم من كون التمسك بعموم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲۵

....

المؤمنون عند شروطهم فى المشكوك فى حاجته الى سبب خاص أو انه يحصل بالشرط ايضا من التمسك بالعام فى شبهته المصداقية بأن أصالة عدم مخالفة المشروط للكتاب أو السنة مدخلة المشكوك المزبور فى المستثنى منه.

و ناقش فى الجواب جملة من الأعلام منهم المحقق النائينى (قده) بان استصحاب عدم مخالفة الشرط لهما من استصحاب العدم الأزلى و هذا الاستصحاب لا يفيد فى إثبات العدم المحمولى أى السالبة بانتفاء المحمول و ذكر النائينى (ره) فى توجيهه انه إذا لم يكن الموضوع موجودا فعرضه لا يتصف بالوجود و لا بالعدم حيث يكون تقابل وجود العرض و عدمه من تقابل العدم و الملكة لا من تقابل الإيجاب و السلب نعم اتصاف المهيّة بالوجود و العدم بنفسها فلا يمكن اجتماعهما و لا ارتفاعهما و ما اشتهر فى الألسنة بأنّ السالبة محصّلة صادقة بانتفاء الموضوع تارة و بعدم المحمول اخرى بخلاف القضيّة المعدولة فإنها تصدق مع وجود الموضوع خاصة من الاغلاط بل كل منهما يحتاج الى وجود الموضوع و انما الفرق بينهما ان المحمول فى المعدولة عنوان بسيط يتنزع عن سلب المحمول عن موضوعه و إذا قيل ليس زيد بقائم يتنزع عنه عنوان لا قائم له و إذا كانت السالبة المحصلة لها حالة سابقه فلا يفيد استصحابها فى إثبات ذلك العنوان البسيط.

و السر فى جميع ذلك ان العرض له وجود واحد فيه اعتباران كونه موجودا و قيامه بمعروضه و كونه حالا فيه لا انه وجودان وجود فى نفسه و وجود فى غيره فانّ القيام بالموضوع لو كان وجودا آخر لكان له مهيّة و على ذلك فلا يكون مع عدم الموضوع اعتبار قيامه و عدم قيامه كما تقدم فقد تحصل انه لا مجال لاستصحاب عدم مخالفة الشرط الكتاب و السنة نعم مع ذلك فيما إذا شك فى صحّة الشرط و عدمها يمكن بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم الذى ليس فيه الاستثناء المزبور فإنّه ذكر أوّلا ان الشك فى شرط ملكيّة عين غير تابعة لأحد العوضين ليس من أجل احتمال حاجة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۲۶

....

ملكيّتها الى سبب خاص كما هو الظاهر من المصنف و الا لما حصلت بالمصالحة فإنها إنشاء التراضى لا الملكيّة فالملكيّة يتعلق بها التراضى بل من أجل ان ملكيّة العين بالشرط لا تكون مجانا كما فى الهبة و لا بالعوض كما فى البيع و كان احتمال كونها لا مجانا و لا مع العوض مخالفا للكتاب و السنة من هذه الجهة لأن الشرط لا ينضم الى أحد العوضين و مع ذلك لا يكون التمليك مجانا.

و ذكر ثانيا ان عنوان مخالفة الكتاب عنوان انتزاعى عن الالتزامات التى مخالفة للكتاب و منافية للحكم المجعول فى الشريعة و لو شك فى موردان الحكم المجعول فيها ايضا مخالفا للالتزام المفروض يكون الشك من الشبهة الحكميّة و التخصيص الزائد و لا مساس بذلك بالشبهة المصداقيّة و على ذلك فلا يمكن التمسك فى الالتزام المزبور بالعموم الوارد فيه الاستثناء لإجماله و يرجع الى العام الذى ليس فيه هذا الذيل.

أقول ما ذكر (قده) من عدم جريان الاستصحاب فى العدم الأزلى بمنع كون القضية السالبة صادقة مع انتفاء الموضوع أو دعوى بعض آخر أنها و إن كانت صادقة مع انتفائه الّا استصحاب تلك القضيّة لا يثبت السالبة بانتفاء المحمول لا يمكن المساعدة عليهما لما تقدّم

سابقا من انّ قیام العرض بمعروضه مقتضاه انّ العرض فی وجوده یحتاج الی وجود الموضوع و اما عـدم العرض فیکفی فیه عدم وجود الموضوع. و بتعبیر آخران العرض و ان لا یکون له وجودان کما أوضـحه و ان العـدم لا یکون طارئا لوجوده بل لنفس مهیّهٔ العرض الّا ان مهیّهٔ العرض لا یحتاج فی عدمه الی وجود المعروض بل عند عدم المعروض کما یضاف العدم الی مهیّهٔ المعروض کذلک یضاف الی مهیّهٔ عرضه و إذا قیل لیس زیـد بقائم یکون العـدم مع انتفاء الموضوع مضافا الی زیـد و الی عرضه و إذا وجـد زید و احتمل بقاء عدم عرضه علی حاله فیستصـحب و تصبح القضیّهٔ المزبورهٔ سالبهٔ بانتفاء المحمول حیث لیس القضیّهٔ السالبهٔ بانتفاء المحمول الّا وجود المعروض و عدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۲۷

....

تحقق عرضه نعم إذا کانت القضیّهٔ المعدولـهٔ ذات اثر فلا یفیـد استصـحاب السالبـهٔ فی إثباتها لأن اتصاف المعروض بعـدم عرضه أمر انتزاعی یلزم لسلب المحلول کما أوضحنا ذلک فیما تقدم.

هذا کله فی جریان الاستصحاب فی العدم الأزلی لترتیب الأثر المترتب علی السالبهٔ بانتفاء المحمول.

و أمّا فی المقام فلا مجال لاستصـحاب عدم مخالفهٔ الشرط للکتاب و السنّهٔ لأنّ المراد ان یکون المشروط امرا یخالف فی تحقّقه ظاهر الکتـاب و لو کـان ذلـک الظهور هو إطلاقه أو عمومه إذ إعطـاء الضابطـهٔ لا یناسب غیر ذلک بان یکون المراد منه المراد الواقعی من الکتاب أو السـنهٔ و هـذه المخالفـهٔ لا یتصور لها مورد الشک لأن الأصل لا یعتبر فی الشـبههٔ الحکمیّـهٔ إلّا بعـد الفحص و بعـد الفحص فیظهر المخالفـهٔ أو عـدمها بل إذا شک فی کون المشـروط أمر غیر ممضـی فی نفسه شـرعا مع إحراز أن إمضائه أو عدمه لا یدل علیه الکتاب و السـنّهٔ فلا یمکن التمسک بالعموم المزبور لان استصـحاب عـدم إمضائه یـدخله فی الاسـتثناء فی قوله (ص) المسـلمون عند شروطهم إلّا إذا کان محللا للحرام أو محرما للحلال بناء علی ما تقدم من شمول المستثنی للحرام الوضعی المحرز بأصالهٔ عدم الإمضاء کما لا یخفی.

ثم لا یخفی ما فی قوله (قده) من أنّه لا یبعد لزوم الإنشاء المستقل فی جمیع الإیقاعات و انها لا تصح بالاشتراط فی عقد فتدبّر.

بقی الکلام فی أمرین الأوّل. انّ النّائینی (قده) جعل المقام أی کون الشرط مخالفا للکتاب و السنهٔ. من الشبههٔ الحکمیهٔ الّتی تدخل فی الشـبههٔ المفهومیّـهٔ من المسـتثنی المتصل بخطاب العام و لـذا یؤخـذ فیه بالعام الّذی لم یرد فیه الاسـتثناء المزبور و لا یخفی ما فیه فان الشبههٔ فی المقام و إن کانت حکمیّهٔ حیث ان الشک فی کون المشروط ممضی أم لا الّا ان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۲۸

....

الشـبههٔ الحکمیّهٔ فی المقام لا تدخل فی الشـبههٔ المفهومیّهٔ فان منشأ الشک فی المقام لیس سعهٔ نفس معنی المستثنی الوارد فی خطاب العـام بل منشـئه الشک فی الخارج و ان الحکم المجعول للصدقـهٔ المشـروطهٔ بشـرط النتیجـهٔ ما هو و دعوی انّ عنوان المخالفـهٔ عنوان انتزاعی ینتزع عن الشـروط التی یخالف الحکم المستفاد من الکتاب کما تری فإنّه لا یوجب ان یدخل المقام فی الشبههٔ المفهومیهٔ بان لا یکون الشک فی المنشأ الذی یحرز وجوده بالأصل کما تقدم.

و الحاصل کما لا تدخل المقام فی الشبههٔ المفهومیهٔ لا تدخل فی الشبههٔ المصداقیّهٔ التی یکون الشک فیها ناشئا عن الخارج عن حکم الشـارع و خطـابه و نتیجـهٔ ذلـک ان یجری فی المقـام حکم الشـبههٔ الحکمیـهٔ فیلزم الفحص فی الرجوع الی الأصـل العملی من غیر ان یدخل فی الشبههٔ المفهومیّهٔ التی نتیجتها کما ذکره الرجوع فی مورد الشک الی العام الذی لم یذکر فیه المخصّص المتصل.

لا- یقال الرجوع الی العام المزبور لا یتوقف علی کون الشبهة فی المقام من الشبهة المفهومیّة بل یرجع الیه مع کون الشبهة حکمیة مطلقا و لا- تصل النوبة الی الأصل العملی فإنه یقال کلا- انّما یرجع الی خطاب العام فی الشبهة الحکمیّة فیما إذا کان الشک فی تخصیص زائد بأن یرجع الیه مع الشک فی خروج أمر آخر بعنوان نفسه أو بخروج عنوان آخر یدخل فیه و ما نحن فیه لیس کذلک و لذا عدّ المقام من الشبهة المصداقیّة بالإضافة إلی خطاب العام و ان لم یکن من الشبهة المصداقیة التی یکون منشأ الشّک فیها الخارج عن خطاب الشارع و حکمه و اللّه سبحانه هو العالم.

الأمر الثّانی- ان مقتضی عموم المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم بمعنی أوفوا بالشروط فیما کان المشروط أمرا وضعیّا انّه إذا کان نفس المشروط مما یحصل بغیر الشرط من الإنشاء استقلالا أو تبعا یحصل بالشرط ایضا و انّه یکون حصوله بالشرط

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۲۹

[شرط الفعل]

اشارة

و انما الخلاف و الاشکال فی القسم الثانی (۱).

بنحو اللزوم کما هو ظاهر الوجوب الوفاء سواء کان اللزوم مفاده الاولی أو مستفادا من التکلیف بالفعل المترتب علی ذلک المشروط و إذا لم یکن المشروط مما یحصل بغیر الشرط أصلا أو شک فی حصوله بغیره أو کان یحصل بسبب خاص فلا مجال فیه للتمسک بعموم أوفوا بالشروط کما تقدم.

و إذا کان مما یحصل بغیر الشرط کملکیة عین بعوض أو مجانا فإنه یحصل بالشرط ایضا و یحکم بلزومه معه و ان لم یکن مشروعیّته بغیر الشرط بنحو اللزوم کما فی شرط الوکالة فی أمر فی عقد آخر فإنّ الوکالة کالوصایة تحصل مع إنشائه مستقلا فکلّ إنشاء یستفاد منه الوکالة أو الوصایة محکوم با- لصحة مع جواز رجوع الموکل و الموصی فیهما و لکن مع حصولهما بالشرط یحکم بلزومهما فلا یکون رجوع الموکل أو الموصی موجبا لانتفاء الوکالة أو الوصایة المشروطتین فی عقد بنحو الشرط النتیجة و ذلک فانّ ما دل علی جواز الرجوع فی الوکالة أو الوصایة لو لم یکن منصرفا الی ما إذا کان بإنشائهما مستقلا- فلا أقل من انّه لا یمکن الأخذ بإطلاق دلیل الرجوع لأنّ ما دل علی لزومهما بالشرط دلالته علی لزومهما بالعنوان الثانی نعم إذا کان المشروط فی نفسه مما لا یتحقق عرفا و لو بشرط النتیجة مع حصول أمر فیحکم بانتفائه بحصول ذلک الأمر و من هنا ینتهی الوکالة المشروطة بشرط النتیجة مع موت الموکل لا مع عزله فإن الوکالة عرفا النیابة عن الحی بخلاف الوصایة فإنها إعطاء ولایة التصرف للوصی و لذا لا تبطل بموت الموصی فیحکم بلزومها و لو مع کونها بشرط النتیجة.

(۱) القسم الثانی ما إذا کان المشروط عملا سواء کان خارجیا کالخیاطة أو اعتباریّا کالعقد و الإیقاع أی إنشائهما و یقع الکلام فی هذا القسم فی مسائل الاولی انّ المشهور علی ان العمل المشروط یجب علی المشروط علیه تکلیفا کما یشهد لذلک ظاهر النبوی الوارد فی عدّة روایات بعضها معتبرة سندا کما تقدّم و وجه الظهور انه إذا کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۰

....

المشروط عملا فالوفاء به عبارة أخری عن الإتیان به کما فی وجوب الوفاء بالنذر و الحلف.

لا یقال هذا فیما کان المشروط عملا خارجیّا و اما إذا کانت معاملة فظاهر الأمر بها الإرشاد إلی صحتها فإنّه یقال هذا فیما إذا کانت

المعاملة بعنوانها الخاص متعلق الأمر كالأمر بالنكاح و غيره و امّا إذا كان بعنوان آخر كالوفاء بالنذر و الشرط فظاهر الأمر بهما كظاهر الأمر بالفعل الخارجي هو التكليف و أيّد (قده) التكليف في هذا القسم و ظهور النبوي فيه بما في ذيله في بعض الكتب الّا من عصى اللّه بناء على انّه استثناء من المشروط عليه لا- من الشارط. و وجه التأييد ان ظاهر العصيان مخالفة التكليف بترك الواجب أو فعل الحرام و حمله على العصيان الوضعي أي بطلان الإلزام و الالتزام و عدم الأثر لهما خلاف الظاهر و لو كان الاستثناء راجعا الى المشروط عليه لكان مفاده انّ المشروط عليه فيما إذا كان عاصيا بالعمل المشروط لا يجب عليه ذلك العمل فيحكم ببطلان شرطه كما إذا كان المشروط عملا محرما في نفسه أو تركا للواجب و في غيره يجب العمل فيكون الاستثناء المزبور قرينة على وجوب الفعل.

و اما إذا كان راجعا الى الشارط فيكون عصيانه وضعيّا أي إرشادا إلى بطلان إلزامه حيث لا- يناسب الإلزام و الالتزام الّا العصيان الوضعي كما إذا شرط على صاحبه امرا مخالفا للكتاب أو السنّة و لكن لا يخفى عدم ثبوت الاستثناء بالنقل المعتبر مع احتمال رجوعه الى الشارط و لكن ظهور النبوي في نفسه كاف.

و يشهد ايضا لوجوب الفعل على المشروط عليه موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر بن أبيه عن علي (عليه السلام) كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فانّ المسلمين عند شروطهم الّا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما و في سندها غياث ابن كلوب الراوي عن إسحاق و قد وثقة الشيخ في العدة في ذكره بعض العامة الّذين عمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۳۱

هذا كله مضافا الى وجوب الوفاء بالعقد (۱).

الأصحاب برواياتهم فيما لم يعارضها رواية أصحابنا فراجع و دلالتها ايضا لا بأس بها فانّ ظاهر قوله عليه السلام فليف به هو التكليف فيما كان المشروط عملا و تعليل الأمر بالوفاء قرينة جليّة على عدم اختصاص الحكم بالشرط للمرأة في النكاح أو غيره.

و يدل على وجوب العمل بالمشروط في الجملة بعض الروايات كصحيحة أبي العباس عن ابي عبد اللّه عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة و يشترط ان لا يخرجها من بلدها قال يفي لها بذلك أو قال يلزمه ذلك و نحوها غيرها.

(۱) مراده (قده) خطاب وجوب الوفاء بالعقد كما يقتضي العمل بأصل العقد كذلك يقتضي لزوم العمل بالشرط بعد كون الشرط كالجزء من العوضين أقول قد تقدم سابقا ان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ في مثل البيع من المعاملات إرشاد إلى لزومها فمع شرط الفعل و الحكم بصحّة شرطه يخرج المعاملة عن اللّزوم و الخطاب المزبور حيث يكون البيع خياريّا مع عدم تحقق ذلك الفعل أضف الى ذلك انّ الشرط لا ينضم الى أحد العوضين كما مر تفصيله فلا نعيد نعم يمكن ان يدعى ان الشرط في نفسه عهد مشدود فيعمه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بما ان المشروط في الفرض عمل فلا بأس بكون وجوب الوفاء به كما هو ظاهر الأمر بالعمل تكليفا.

بل يمكن تقريب التمسك بوجه آخر يأتي في تقريب عدم ثبوت الخيار للمشروط مع التمكن على إجبار الممتنع فانتظر.

و عن الشهيد (قده) أنه لا يجب على المشروط عليه الفعل و انّما فائدة شرطه تزلزل العقد و عدم لزومه على المشروطة له و يظهر دليله على ذلك من التفصيل الّذي حكى الشهيد الثاني في بعض تحقيقاته حيث قال إذا كان المشروط ما يحصل بنفس الاشتراط في العقد كاشتراط الوكالة يكون الشرط لازما لان المفروض تحقق العقد المكفي في تحقق المشروط و امّا إذا لم يحصل المشروط بنفس العقد و تمامه بل يحتاج في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۳۲

....

تحققه إلى صيغة بعده كاشتراط العتق فلا- يلزم الشرط و انّما يقلب العقد اللازم جائزا لأن الفعل المزبور ممكن فالعقد المعلّق على

الممکن یکون ممکنا و قال فی الروضة بعد حکایة ذلک انّ الأقوی اللزوم مطلقا و ان کان ما ذکره من التفصیل اولی مما ذکره فی اللمعة من إطلاق عدم لزوم الشرط انتهی.

و ذکر المصنف (ره) فی الإیراد علی کلام الروضة بأن شرط أمر بنحو شرط النتیجة خارج عن مورد الکلام و المحکی عن الشهید نفی وجوب الفعل المشروط مطلقا فلا یصح جعله مقابلا لما ذکر فی اللمعة. نعم کلامه فی اللمعة أعم من جهة أخری و هو انّ الفعل المشروط یوجب تزلزل العقد بمعنی ثبوت الخیار للمشروط له سواء کان عدم تحقق ذلک الفعل لترکه أو تعذّره حیث ان المراد من قوله و کذا کل شرط لم یسلم لمشترطه هو التعذر.

و الحاصل لا خلاف فی لزوم ترتیب آثار المشروط فیما إذا کان أمرا اعتباریّا قد أخذ فی العقد بنحو شرط النتیجة و انّه یجبر الممتنع عن ترتیب الآثار علی الترتیب کما هو مقتضی تحقق المشروط و لزومه و الکلام فعلا فی القسم الثانی فإن المشروط فیه فعل یصح تعلق الوجوب به بخلاف شرط النتیجة فإنّه غیر قابل للتکلیف و هذا ظاهر.

أقول ما ذکر فی الروضة من الوجه لعدم الوجوب موهوم فان العقد لا- یکون معلقا علی الممکن ای الفعل بل علی الالتزام بذلک الفعل و الالتزام قد حصل من حین إنشاء العقد هذا أولا و ثانیا علی تقدیر الإغماض عن ذلک بتسلیم التعلیق المزبور و الالتزام بعدم إیجابه بطلان العقد ان ما ذکر یمنع عن وجوب الفعل بالتمسک ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لکن لا یمنع وجوبه أخذا بقوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و قوله علیه السلام من شرط لامرأته شرطا فلیف به الی غیر ذلک فتدبر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۳

....

أضف الی ذلک انه علی تقدیر التعلیق المزبور یکون نتیجة عدم حصول الفعل المشروط بطلان العقد لا کونه خیاریّا.

و یبقی الکلام فی ان ما یذکر من الأحکام لشرط الفعل و منه وجوب الإتیان یختص بما إذا کان شرطه فی ضمن عقد لازم أو یعم ما ذا کان فی ضمن عقد جائز سواء کان جوازه من الطرفین کالوکالة و الشرکة و المضاربة أم من طرف واحد کالرّهن فقد یقال ان الشرط فی ضمن عقد جائز لا اثر له فان العقد فی نفسه لا یجب الوفاء به فکیف یجب الوفاء بالشرط و عن صاحب الجواهر (قده) ان عموم المؤمنون عند شروطهم لا- یقتضی وجوب الفعل المشروط و أنما یدل علی صحّة الشرط و وجوبه مستفاد من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إذا کان العقد جائزا فلا یکون فی البین استفادة و یستدل أیضا بأنّه إذا کان شرط الفعل فی عقد جائز لازما للزم شرط الغایة و سائر الأمر الاعتباری فی ضمنه ایضا مع ان ظاهر الأصحاب التسالم بعدم لزوم شرط الغایة و الأمر الاعتباری کما إذا شرط فی ضمن عقد الوکالة أو الشرکة أو المضاربة الأجل أو غیره من الأمور الاعتباریّة.

أقول الأظهر عدم الفرق فی شرط الفعل بین العقد اللازم و الجائز حتی ما إذا کان جائزا من الطرفین فان قوله علیه السلام من شرط لامرأته شرطا فلیف به فان المسلمین عند شروطهم یعم ما إذا کان الشرط لها فی ضمن عقد النکاح أو غیره لازما أو جائزا نعم الشرط فی العقد اللازم یفترق عن الشرط فی العقد الجائز فی جهة أخری و هی انّ الشرط فی العقد الجائز یرتفع عنوانه بفسخ العقد و لا یکون بعده معنونا بعنوان الشرط حیث انه الالتزام المرتبط لا الالتزام الابتدائی ففی فرض فسخ العقد من أحدهما أو ممن یکون جواز العقد من طرفه فلا یجب الوفاء بالشرط لانتفاء الشرط لا لارتفاع حکمه مع بقاء موضوعه بل یجری ذلک فی العقد اللازم ایضا فیما إذا فسخ بإقالة أو خیار فسخ و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۴

....

بكلمة أخرى وجوب الوفاء ما دام الفعل مصداق الشرط و يرتفع بارتفاع عنوانه.

و امّا دعوى التسالم على عدم لزوم شرط الغاية و الأمر الاعتبارى فى ضمن العقد الجائز فلا يمكن المساعدة عليها فان اشتراط الأجل فى ضمن عقد الشركة أو المضاربة بمعنى لزومها الى تلك المدة محكوم بالفساد لمخالفة شرط اللزوم فى المدة المعينة أو الى الأبد فيهما للسنة الدالّة على جوازهما حكما و لذا لو اشترط لزومهما فى عقد لازم يحكم ايضا بالفساد نعم إذا كان نفس الشركة أو المضاربة شرطا فى ضمن عقد لازم لحكم بلزومها بلزوم ذلك العقد و لا ينافيه ما دل على جوازهما كما ذكرنا سابقا فى شرط الوكالة فى ضمن عقد لازم آخر.

و مما ذكر يظهر انّه لو كان المشروط فى ضمن عقد جائز عدم فسخه أو شرط عدم فسخه فى ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل يحكم بصحته لعدم كونه مخالفا للسنّة و لو فسخه بعد هذا الاشتراط صح الفسخ و ان فعل حراما لأن وجوب الوفاء تكليفا لا يقتضى فساد الفسخ فإنه من قبيل المعاملة كما لا يخفى.

و قد ظهر مما ذكر ايضا انحلال شرط الغاية فى العقد الجائز بانحلال نفس العقد فلا يترتب على الغاية بعد ذلك حكم لا لارتفاع حكمه بل بارتفاع نفس الغاية التى كانت معنونة بعنوان الشرط بل العقد على ما تقدّم لا يقال إذا كان الشرط نتيجة الإيقاع كما إذا اعطى المال مضاربة على ان يسقط الدين الذى كان له على العامل و قبلها العامل فان بقبوله يسقط الدين عن عهدته و إذا فسخ ربّ المال أو العامل المضاربة بعد ذلك فكيف يعود الدين على عهدة العامل مع ان الزائل لا يعود.

فإنّه لا مانع عن عوده نظير ما إذا أباع متاعه بدين للمشترى على عهدته ثم فسخ البيع بإقالة أو خيار فإنه لا- ينبغى الريب فى عود الثمن اى الدّين إلى عهدة البائع و بتعبير آخر مقتضى فسخ العقد انحلال الشرط الّذى كان من قبيل شرط النتيجة سواء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۳۵

[الثانية فى انّه لو قلنا بوجوب الفعل به]

الثانية فى انّه لو قلنا بوجوب الفعل به (۱).

كانت من نتيجة العقد أو الإيقاع و عدم العود فى الإيقاعات و غيرها للزوم الشرط بقاء و إذا زال الشرط عاد الساقط سابقا و من ذلك ما لو اشترى حيوانا ثم اشترى من بايع الحيوان متاعا آخر على ان يسقط خياره الحيوان فى الشراء الأوّل ثم فسخ الشراء الثانى بإقالة أو خيار فانّ خيار الحيوان الساقط فى شرائه يعود فتدّبر جيّدا.

(۱) ذكره (قده) انه بعد البناء على وجوب الفعل على المشروط عليه يجبر بذلك الفعل على تقدير امتناعه عنه أم يثبت الخيار للمشروط له بمجرد امتناعه فعن جماعة انه يجبر بالفعل و مع عدم إمكانه فيثبت الخيار للمشروط له و لكن ظاهر العلامة فى التحرير خلافه و انه لا يجبر على الفعل حيث قال فيه ان الشرط فيما تعلق بمشروط فيه صلاح المتعاقدين كاشتراط الأجل فى الثمن أو الخيار أو باع متاعه بكذا على شرط الشهادة بأن يحضر الشاهدين ليشهدا بأنّ المتاع المزبور لبائعه أو على شرط التضمين بان يضمن ثالث للمشترى درك المبيع و انه لو ظهر ملك الغير لكان على ذلك الثالث ضمان الثمن للمشترى أو باع متاعه بثمن مؤجل على ان يعطى المشترى الرهن لذلك الثمن أو اشترطا وصفا فى المبيع كالكتابة جاز و لزم الوفاء به ثم قال لو باع العبد على شرط عتقه فإن أعتقه المشترى فلا كلام و ان لم يعتقه فهل يجبر المشترى بعتقه الأقرب عدم الإجبار.

و قال الشهيد فى الدروس ان فى إجبار المشروط عليه بالفعل اشكال و قال فى التذكرة أوّلا انه لا يجبر المشروط عليه بالفعل فيما كان الفعل المزبور حقا لآدمى كاشتراط الرهن للثمن المؤجّل أو الكفيل له و ان كان من حقوق اللّه كالعتق على وجه يجبر عليه ثم ذكرا خيرا أنّه يجبر بالفعل حتى فى حقوق الناس نظير ما إذا باع متاعه بثمن حال فأهمل فى تسليم الثمن فإنه يجبر بالتسليم مع انه تسليمه من

حق الناس.

ثم قال (قده) انه یمکن ان ینسب القول بوجوب الفعل علی المشروط علیه مع عدم

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۶

....

إجباره علیه الی کل من استدل علی صحة الشرط بعموم المؤمنون عند شروطهم و مع ذلک التزم بعدم الإجبار و وجه النسبة ان ظاهر المؤمنون عند شروطهم فی نفسه فی وجوب الفعل المشروط و کذا ظهوره فیه بقرینة خارجیّة کقوله علیه السلام فی موثقة إسحاق ابن عمار فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم ممّا لا ینبغی الریب فیه بل لا معنی لصحّة شرط الفعل عند من لا یری بطلان العقد بالشرط الفساد کالشیخ و اتباعه إلّا وجوب الفعل المشروط لان استحباب الفعل لا ینافی بطلان الشرط لان الشرط الفاسد یدخل فی الوعد و الوفاء بالوعد مستحب فلا یمکن للمستدل بالصّحة الالتزام بان الفعل المشروط یستحب الإتیان به و لا یجب. أقول لا یمکن هذا النسبة حیث یمکن ان یکون معنی صحّة شرط الفعل عند المستدل بعموم المؤمنون عند شروطهم ترتّب الخیار للمشروط له علی تقدیر عدم الفعل فیکون فساد الشرط بمعنی عدم ترتب هذا الخیار کما لا یخفی.

أقول الأظهر فی المقام جواز الإجبار بالفعل لان التزام المشروط علیه بالفعل فی ارتکاز المتعاملین یکون بنحو الحق للمشروط له و لذا لا یجب الفعل مع رفع یده عن شرطه فیکون إجباره بالفعل کإجبار الأجیر علی العمل و ان کان بینهما فرق من جهة أخری و هی کون الفعل ملکا للمستأجر و لا یدخل فی الملک فی الاشتراط و ما عن السید الیزدی (قده) من إمکان الالتزام بدخول الفعل المشروط فی ملک الشارط فیما کان نفعه عائدا إلیه کخیاطة ثوبه لا یمکن المساعدة علیه فان الفعل لا یدخل فی ملک الشارط ضرورة عدم الفرق فی شرط الخیاطة أو إعطاء الدرهم و العتق مع انه علی الملک یلزم مطالبة المشروط علیه بقیمة الفعل مع فوته نظیر الفوت فی باب الإجارة و نظیر الإجبار علی الفعل الإجبار علی تسلیم الثمن أو المبیع و لکن جواز الإجبار یجتمع مع خیار الفسخ لأن الخیار المترتب علی ترک الفعل خیار جعلی من المتعاقدین و المجعول فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۷

و قد یتوهم انّ ظاهر الشرط هو فعل الشیء اختیارا (۱).

ارتکازهما من الخیار یعم حال التمکن علی الإجبار.

نعم مع الإغماض عن عموم الارتکاز و الالتزام بان الخیار فی المقام مستفاد من قاعدة نفی الضرر فمقتضی عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فی فرض التمکن علی إجبار المشروط علیه لزوم العقد و عدم کونه خیاریّا.

و مراد المصنف فی الاستدلال علی جواز الإجبار بعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط کون الوجوب المستفاد منها فی المقام حقا نظیر وجوب تسلیم العوضین لا ان مجرد وجوب شیء علی أحد یقتضی جواز إجباره علیه و قوله ان المشروط له قد ملک الشرط علی المشروط علیه أی استحقه علیه شاهد لکون الوجوب فی المقام حقا لا حکما و لیس المراد الملک فی باب الإجارة کما یأتی الإشارة الی ذلک فی ذیل کلامه فی المسألة الثالثة.

(۱) و قد یتوهم ان ظاهر الشرط هو الفعل اختیارا و علیه فلا یکون لإجباره مورد و أجاب المصنف (قده) بان المستفاد من الشرط انه إذا فعله المشروط علیه و لو بالإجبار حصل المشروط و لا یکون للبائع خیار تخلف الشرط نعم إذا قیّد فی- العقد کون المشروط الفعل باختیاره و بطیب نفسه لما کان فی البین جواز الإجبار بل کان للبائع مع امتناعه خیار تخلّف الشرط.

و ذکر الإیروانی نعم التوهم المزبور و قال فی وجه تحسینه ان المراد بالإجبار امّا لإکراه أو فعل ما یوجب صدور الفعل و لو بلا ارادة

من المشروط علیه أو تصدی الحاکم بالفعل المزبور فیما کان من الاعتباریات الصالحة للوکالة و صدورها بالولایة و علی ذلک فلیس المراد بالإجبار المعنی الثالث فإنّه لا یعد إجبارا و کذا لا یمکن الالتزام بالثانی فإنّ الالتزام یتعلّق بالفعل الاختیاری و لا یعمّه بان یلتزم بالأعم من فعل نفسه و الفعل غیر الاختیاری و امّا المعنی الأوّل فلا یمکن الالتزام بجوازه لظهور الشرط فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۸

....

التزام المشروط علیه بالفعل بلا مؤنة خارجیة فالإکراه إلزام و مؤنة خارجیّة فیکون الإکراه ظلما و عدوانا علی المشروط علیه و لکن لا یخفی أنه لا- موجب للانصراف فی اشتراط الفعل فالالتزام یتعلق بما یتعلّق به التکلیف فی باب الأمر و الطلب و کما یکره الشخص علی الإتیان به من باب الأمر بالمعروف کذلک فی الالتزام بالفعل و شرطه مع ان ما ذکر من عدم إمکان الالتزام بالجامع بین المقدور و غیره فیه کلام فإنّه لو کان الإطلاق بمعنی رفض القید لا الجمع بین القیود فلا موجب لا متاعه کما لا یخفی.

ذکر قده فی هذه المسألة جواز الإجبار علی الفعل مع ثبوت الخیار للبائع و ذکر فی وجهه ان امتناع المشروط علیه عن الوفاء رضاء منه بفسخ البیع و إذا رضی البائع بفسخه بترک إجباره المشروط علیه یکون فسخه داخلا فی الإقالة.

ثم ذکر الفرق بین امتناع المشروط علیه عن الفعل و بین امتناع المتعاقدین عن تسلیم العوض فإنه یجبر علی التسلیم فی الثانی و مع إمکانه لا یکون للآخر خیار بخلاف صورة الامتناع عن الفعل المشروط علیه فإنه یجوز المشروط له الفسخ و لو مع إمکان الإجبار و الفارق ان العوض قد دخل فی ملک العاقد الآخر فلا یخرج عن ملکه بامتناع الآخر عن تسلیمه بخلاف الفعل المشروط فإنّه کالاعتاق لا یکون ملکا للآخر فإذا امتنع المشروط علیه فقد نقض العقد فیجوز للمشروط له ایضا نقضه و فیه انّ الفعل قد صار بالاشتراط حقا للمشروط له علی المشروط علیه و مجرد امتناع المشروط علیه لا یوجب سقوط هذا الحق کما لا یکون رضا بالفسخ لیکون فسخ الآخر معه بعنوان الإقالة و لعلّه الی ذلک أشار بأمره بالتأمّل و الحاصل انّ العمدة فی ثبوت الخیار مع ترک التسلیم هو الشرط الارتکازی فیجتمع- الخیار مع جواز الإجبار فتدبّر.

و اما ما ذکر (قده) فی وجه ثبوت الخیار مع عدم التمکن علی الإجبار فقط من انّ الاختصاص مقتضی قاعدة نفی الضرر و لا ضرر مع التمکن علی الإجبار فیکون مقتضی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۳۹

[الثالثة هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الإجبار]

هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الإجبار (۱).

وجوب الوفاء بالعقود لزومه مع التمکن علی الإجبار ففیه ان اللزوم فی العقد لا یکون ضرریّا دائما و لو مع عدم التمکن علی الإجبار أیضا کما إذا باع المال بثمن یساوی قیمة السوقیة فإن تضرر الشارط بترک المشروط علیه العمل بالشرط حاصل سواء فسخ البیع أم لا و فیما إذا باع یا لأقل من قیمته السوقیة یکون نفی اللزوم تدارکا للضرر و اما الضرر فهو ناش من صحة البیع المزبور فی فرض عدم عمل المشروط علیه بالشرط کما لا یخفی.

(۱) کل ما ذکر فی المسألة الثالثة تعرضّنا لها فی المسألة الثانیة و یبقی أمر واحد لم یسبق التعرض له و هو انّه للحاکم إیقاع الفعل المشروط فیما إذا کان من الإنشائیات مع امتناع المشروط علیه عن التصدی و مطالبة الشارط به بلا فرق بین القول بان الخیار یثبت للمشروط له حتی مع تمکنه علی الإجبار أو قیل بأنّ الخیار لا یثبت مع تمکنه و ما فی کلام المصنف (ره) من انّ الکلام فی جواز

إیقـاع الحاکم مبنی علی المختار من عـدم الخیار مع التمکن علی الإجبار لا یمکن المساعـدة علیه کما یشـهد بـذلک الاسـتدلال علی جواز تصدّی الحاکم بعموم ولایة السلطان علی الممتنع من أداء مال الغیر أو حقّه.

و لکن ناقش فی الاسـتدلال النائینی (ره) بما توضـیحه انّ الولایة للحاکم تثبت مع عدم حیاة المولی علیه کما إذا لم یکن للمیت وصیّا أو مع عدم حضوره کالولایة علی الغائب أو مع صغر المولی علیه أو جنونه علی تفصیل مذکور فی محله و المشروط علیه فی المقام لا یدخل فی شیء من العناوین و لا دلیل علی ولایة الحاکم فی غیرها.

أقول إذا فرض الزوج ممتنعـا عن الإنفـاق علی زوجته أو الأـب علی أولاـده فلاـ ینبغی الریب فی جواز تصـدّی الحـاکم للإنفـاق بمال الزّوج أو الأب مع انهما لا یـدخلان فی شـیء من العناوین المزبورة و الحاصل الفرق بین تصـدی الحاکم فیما إذا کان العمل من آثار شرط النتیجة و بین کون المشروط نفس العمل یحتاج الی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴۰

....

التوضیح.

و امّا أشار إلیه المصنف (ره) فلا نعرفه. نعم نقل السلطان ولّی لمن لا ولّی له علی ما اشتهر فی بعض الألسنة و لکن لا یعم شرط الفعل و لاـ العمل المترتب علی الأمر الوضـعی فإن عمل السـلطان فی الفرضـین مع امتناع الشـخص ولایـة علیه لا له کما لا یخفی أضف الی ذلک عدم ثبوته بنقل معتبر نعم الحکام و القضاة فی زمان الأئمّة علیهم السلام کان لهم الولایة باستیفاء الحقوق قضاء أو عملا بحسب نصبهم و لکن الروایـات الواردة فی المراجعـة إلی قضـاة العـدل و العـاملین بالأحکام و عـدم جواز الرجوع الی الحکّام و قضاة الجور یمکن دعوی عـدم عمومها للمراجعـة للاستیفاء عملا للقرینـة العامـة علی عـدم بسط یدهم فی ذلک الزمان و کون الرجوع إلیهم کان لرفع المنازعة و قطع المخاصمة فی الحکم أو موضوعه کما هو المفروض فی تلک الروایات.

و مع ذلک قد یقال الدلیل علی وجوب التصدی للقضاء علی نحو الواجب الکفائی یجری فی التصدی لاستیفاء الحقوق و أخذ حقوق بعضـهم من بعض آخر عملا حفظا للنظام و یتعین المراجعة إلی المتصدی فیما کان فی استیفاء ذی الحق حقه بالمباشـرة محذور و من الظـاهر انّ المتیقن من المتصـدی الحـاکم العـدل و المـأذون من قبله و بمـا انه لیس فی البین خطاب لفظی یؤخـذ به فی إثبات الولایة للمتصـدی علی الإطلاق فیؤخـذ بالقدر الیقین فلا یحکم بنفوذ تصـرف المتصدی مع إمکان إجبار من علیه الحق علی أداء ما علیه من حقّ الغیر لأنّه یجوز إجبار المتصـدی من علیه الحق تأدیبا و منعا عن المنکر کما هو مقتضـی لزوم حفظ النظام و اما مباشـرة المتصـدی بالاستیفاء مع إمکان الإجبار کما إذا أعتق العبد الّذی باعه علی ان یعتقه المشتری أو باع ماله للإنفاق إمکان إجباره علی الإنفاق بنفسه فالأصل عدم نفوذ ذلک العتق و عدم صحة البیع المزبور.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴۱

[الرابعة لو تعذر الشرط فلیس للمشترط الّا الخیار]

الرابعة لو تعذر الشرط فلیس للمشترط الّا الخیار (۱).

نعم مع عـدم إمکـان الإجبـار للفرار و نحوه یکون محکومـا بالصّـحة و من هنـا یظهر الحال فی إعطاء الحـاکم الأجرة من مال المشتری علی الخیاطة المشروطة علیه مع امتناع المشتری عن الخیاطة فإنّه یجوز مع عدم إمکان الإجبار لا مع إمکانه.

هـذا فیمـا إذا کان العمل المشـروط علیه الطبیعی لا العمل المباشـری کما إذا باع المال و اشترط علی المشتری ان لا یترک ما علیه من

الفرائض الیومیّة فإنه مع عدم التمکن علی إجباره بالعمل و الإتیان بفرائضه لا یکون مورد لتصدی الحاکم فتدبّر.

(۱) ذکره (قده) فی تعذر الشرط فرضین الأول ما إذا کان الفعل المشروط ما لا مالیّة له کاشتراط العتق و التدبیر الثانی ما إذا کان الفعل له مالیة کخیاطة الثوب و صبغه.

و ذکر فی القسم الأول انه یثبت للمشروط له خیار الفسخ و لا یجوز له المطالبة بالأرش و علّل ذلک بأنّ الشرط لا یکون جزءا من أحد العوضین بل یکون تقییدا لأحدهما و التقیید أمر معنوی أی لیس جزءا لا یقابل بالمال فی المعاملة و إذا باع العبد بمأة علی ان یعتقه فقد قیّد المبیع بالعتق بعد العقد فیکون التقیید المزبور کسائر الأوصاف فی المبیع فی انّه لا یقابل بشیء من الثمن بل یکون کالوصف مما تزید و تنقص به قیمة الشیء و الأرش فی مورد خیار العیب ثبت بالنّص لا انه علی القاعدة.

و عن ظاهر العلّامة ثبوت الأرش فی المقام و تبعه الصیمری فی مسألة بیع العبد و اشتراط تدبیره حیث قال لو امتنع المشتری عن تدبیره تخیّر البائع بین فسخ البیع أو الإمضاء و الرجوع الی تفاوت قیمه العبد مشروطا تدبیره و بیعه مطلقا بل یظهر من الصیمری جواز المطالبة بالأرش بمجرد امتناع المشتری عن العمل بالشرط و عدم تعذّره و حیث لا یمکن ان یکون المراد الرجوع بتمام التفاوت کما إذا باع الثوب مع اشتراط خیاطته بمأة و کانت قیمته بدون الشرط المزبور مأتین فإنّه لا یمکن الالتزام بجواز

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴۲

....

الرجوع الی تمام المأة لأنّ للشرط جزءا و قسطا من الثمن یکون المراد من الأرش نسبة التفاوت لا تمامه.

و ذکر (قده) فی القسم الثانی أیضا تخیّر المشروط بین الفسخ و الإمضاء مجانا و انه لا یجوز له المطالبة ببدل الفعل المشروط أی أجرة المثل و ان کان یحتمل استحقاقها کما ذهب إلیه العلّامة فی التذکرة حیث قال أنّ الشرط ای المشروط ان کان مما یتقوّم کما شرط صبغ الثوب و تسلیمه مصبوغا و تلف الثوب بید المشتری قبل صبغه یکون للمشتری المطالبة بقیمة الفائت و ان لم یکن المشروط مما یتقوم تخیّر بین الفسخ و الإمضاء مجانا و مراده مما یتقوّم ما کان للمشروط مالیّة فی نفسه لا ما یزید و ینقص به قیمة الشیء کالوصف فیعم بیع العبد و اشتراط ماله و لکن الاحتمال أی المطالبة بأجرة المثل ضعیف لأن الثمن فی المعاملة یقع بإزاء نفس المبیع و لا یتضّم المشروط الی أحد العوضین و لذا لا یجری علی المشروط حکمهما و لو کان المشروط کالثمن من أحد النقدین کما إذا باع العبد مع اشتراط ماله الّذی من أحد النقدین بالثمن من النقود لا یعتبر التقابض فی المجلس و لو کان مال العبد منضما الی المبیع لزم التقابض بالإضافة الیه و عوضه نعم یجری علی بعض الشروط و هو شرط الکم حکم الجزء فی تقسیط الثمن و یأتی الکلام فیه فی الأمر السابع.

و ذکر السید الیزدی (قده) فی المقام کلاما طویلا و ملخصه أن للمعاملة مقامین مقام الإنشاء و مقام اللّب و المشروط فی مقام الإنشاء لا یدخل فی أحد العوضین بل تجری المعاملة إنشاء علی نفس المالین و لکنه فی مقام اللب یدخل فی أحد العوضین حتی فی شروط الأوصاف و حیث لا یدخل المشروط وصفا کان أو غیره فی أحدهما و لا یقابل فی الإنشاء بشیء لا یکون فقد الوصف أو تعذر الشرط حال العقد موجبا لانحلال البیع بل یجوز لمن تخلف علیه الشرط أخذ صاحبه بالمعاملة فی مقام اللّب بان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴۳

....

یطالب مع عدم فسخها باسترداد ما وقع بإزاء المشروط فی مقام اللب بخلاف الجزء حیث انه فی مقام الإنشاء أیضا داخل فی أحد العوضین و لذا یکون فقده موجبا للانحلال المعاملة إنشاء ایضا بالإضافة إلیه.

هذا کلّه من غیر فرق بین شرط الفعل و الوصف و سواء کان الفعل مما یتقوم فی نفسه کخیاطة الثوب و صبغه أو لم یکن مما یتقوم

كعتق العبد و اشتراط بيع المال و لكن مع التعذر من حال العقد فى الفعل المتقوم فى نفسه لا يكون شرطه محكوما بالصّحة لعدم تمكن المشروط عليه فلا يدخل الفعل فى ملك المشترط و بناء على القول بأنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد يكون للمشروط له الفسخ و إمضاء العقد مجانا أو مع المطالبة بالأرش كما ذكر العلامة و امّا إذا كان المشروط مما له قيمة و كان التعذر طارئا بعد العقد ففى مثل ذلك يكون الفعل مملوكا على عهدة المشروط عليه فالشارط المطالبة ببدل ذلك الفعل لتلفه عليه فى ضمان الغير الّا ان يقال ان تعذر الفعل كالتلف قبل القبض يوجب انحلال الملك بالإضافة إلى الفعل و لا يكون للمشروط الّا المطالبة بالأرش كما فى صورة التعذر من الأوّل و على ذلك فلا يكون الأرش فى خيار العيب أمرا تعبدّيا نعم لا يجوز إجبار المشروط عليه بالأرش حيث يجوز له ان يقول بأنك إذا أردت الأرش أفسخ المعاملة لوقوع الثمن فى المعاملة إنشاء بإزاء نفس العين نعم فى خيار العيب يجوز الإجبار على الأرش كما هو ظاهر الروايات و الأرش فيه من هذا الجهة يكون امرا تعبدّيا.

أقول المعاملة لكونها من الإنشائيات فليس لها واقع غير الإنشاء و بتعبير آخر ليس للبيع غير ما يعتبره المتعاقدين بحسب إنشائهما و ابرازهما و ليس البيع الّا تمليك أحد المالين بإزاء الآخر و تملّكه بإزائه و قد ذكرنا ان شرط الوصف فيما كان موصوفه عينا خارجيّة أو كالعين الخارجيّة كالكلى فى المعين لا يمكن ان يكون قيدا اى تضييقا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۴۴

[الخامسة لو تعذّر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه]

لو تعذّر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه (۱).

لا لأحد العوضين و لا لنفس البيع فان تضيّق البيع بالشرط بمعناه المصدرى و تعليق البيع على الالتزام أمر حاصل.

و اما تعليقه على الشرط بمعنى المشروط فلا لأنّ تعليقه به يوجب التعليق المبطل فحسب بل لأنّ العقد فى بناء المتعاقدين و اعتبار العقلاء لا يكون معلقا على حصوله حتى فى الموارد الّتى يكون المشروط امرا وضعيّا كالخيار و اشتراط الوكالة فضلا عما يكون من الأفعال الخارجيّة و لذا لو حكم بفساد الأمر الوضعى لبطلان شرطه فلا يحكم بفساد البيع.

و اما عدم كون المشروط قيدا لأحد العوضين فلان الثمن فى اعتبارهم يقع بإزاء نفس المبيع و المبيع بإزاء نفس الثمن و انما يكون الشرط وصفا كان أو غيره داعيا إلى زيادة الثمن أو نقصه و كذا لا ينضم نفس الشرط بمعنى الالتزام لأحد العوضين لانّ الالتزام بنفسه لا يدخل فى ملك الآخر و ليس له مالية و البيع تمليك بالعوض و على ذلك فلا شىء فى المعاملات مع تعذّر الشرط وصفا كان أو غيره الّا ثبوت الخيار حيث لا معنى للالتزام بالوصف الّا اعتبار الخيار على تقدير فقده كما لا معنى لاشتراط الفعل الّا ثبوت الالتزام الحقى بالإضافة إلى الفعل و ثبوت الخيار مع عدم تحققه للتعذّر أو غيره و إذا كان الفعل متعذّرا حال العقد أو طرء فيما بعد ذلك يثبت الخيار و ليس الفعل فيما يتقوم ملكا للمشروط له لأنّ المشروط عليه لم يملكه بل التزام به نظير التزامه فى مورد النذر و الحلف غاية الأمر ان الملتزم له فى النذر هو اللّه سبحانه و فى الشرط فى المعاملة هو المشروط له كما تقدم.

نعم قد تقدم ان للمشروط له إلزام المشروط عليه بالفعل مع التمكن على الإجبار و لا ينافى ذلك ثبوت الخيار معه.

(۱) مراده (قده) انه لو لم تبق العين المنتقلة إلى المشروط عليه فى ملكه لتلفها أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۴۵

....

ان المشروط عليه نقلها الى الغير أو بقى تلك العين فى ملكه و لكن تعلّق بها حق الغير كما إذا رهنها أو استولدها و فرض ان الفعل

المشـروط علیه قـد تعـذّر کتلف الثوب الّذی اشترط علیه خیاطة فلا تکون عدم بقاء العین المنتقلة إلی المشـروط علیه أو نقلها أو تعلق حقّ الغیر بها مانعا عن فسـخ المشـروط له البیع الأوّل لتعـذّر الشـرط و إذا فسخ فهل یرجع ببدل المبیع مطلقا أو مع بقائها و فسـخه نقل المشـروط علیه أو رهنه من أصـله أو من حین فسـخ البیع وجوه یـأتی الکلاـم فیها و ان الصـحیح منها هو الرجوع الی البـدل جمعا بین الخیار الثابت للمشروط بتعذّر شرطه و بین ما دل علی نفوذ نقل مالک العین أو رهنه حیث ان التصرفات من المشروط علیه حلت زمان مالکیّته.

هذا کلّه فیما لم یکن تصـرّف المشـروط علیه فی العین المبیعة منافیا لعمله بالشـرط کما فرضـنا ان الشـرط فی البیع کانت خیاطة ثوب مخصوص آخر و أمّا إذا کـان تصـرفه منافیـا للعمل بالشـرط کما إذا باع العین منه علی ان تجعلها المشتری وقفا علی البائع و أولاده و بعد البیع باعها المشتری من ثالث فیکون البیع الثانی منافیا للعمل بالشرط.

و فی الفرض هل یحکم بصـحّة البیع الثانی مطلقا ای بلا حاجـة الی إذن المشـروط له و إجارته أو مع اذنه و إجازته أو یبطل مطلقا أی لاـ یفیـد فی صـحّة البیع الثـانی إذن المشـروط و أجازته حیث ان البیع الثانی لا یکون من قبیل البیع فضولا لیصـح بإجازة مالک المبیع وجوه خیرها عند المصنف (ره) صحته باذن المشروط له أو إجازته.

و هذا بناء علی ان للمشروط له إجبار المشروط علیه بالشرط فإنّ صحّة التصرفات تنافی حق المشروط له فی تلک العین و اما بناء علی عدم جواز الإجبار فیصح التصرف المنافی و لکن إذا فسخ المشروط له البیع الأول فهل یبطل التصرفات المزبورة من أصلها و من حین فسـخ البیع الأـول أولا تبطل أصـلا بل یرجع المشـروط الی بـدل العین مثلا أو قیمـة لأن التصـرفات المزبورة من تلف العین حقیقـة أو حکما و عن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴۶

....

العلامة فی التذکرة تفصـیل رابع و هو التفصـیل فی التّصرف المنافی بین العتق و غیره فان کان التصرف المنافی عتقا فیصح مطلقا لبناء العتق علی التغلیب و ان کـان غیر العتق فیبطل بفسـخ البیع الأوّل و علی ذلک ففی فرض العتق لو فسـخ المشـروط له البیع الأوّل فیرجع الی المشـروط علیه بقیمـة العبد المبیع فقد اختار هذا التفصـیل الشـهید الثانی أیضا فی الروضة أقول قد تقدم سابقا انّ الخیار حقّ لذی الخیار یتعلّق بالعقد لا بالعین المنتقلة الی من اشترط علیه الخیار فشـرط الفعل بالإضافة إلی ثبوت الخیار لیس حقا فی العین المزبورة و امّا بالإضافـة إلی الفعـل فأیضـا کـذلک فـانّ شـرطه لاـ یوجب الّـا اسـتحقاق المشـروط له نفس الفعل بنحو الحق لا بنحو الملک و لا بالتکلیف المحض.

و المراد باسـتحقاق الفعل بنحو الحق انّ وجوبه علی المشروط علیه مع عدم رفع المشروط له یده عنه بان یطالبه لا ان یسقطه عن عهدة المشـروط علیه و لکن العین التی یتعلّق بهـا الفعـل فهی باقیـة علی حالها التی کانت بـدون ذلک الشـروط حیث انها لو کانت مملوکة للمشـروط له کما إذا باع متاعه بثمن و اشترط علی المشتری خیاطة الثوب المعین تکون تلک العین علی حالها من ملک المشـروط له مـن غیر ان یتعلـق بهـا زائـدا علی ملکهـا حـق و ان کـانت مملوکـة للمشـروط علیـه تکـون ملکـا له من غیر ان یتعلّق بنفس العین حق للمشروط له.

و علی ذلـک فـان تصـرف المشتری فی العین المنتقلـة إلیه بـالبیع تصـرّفا ینافی الفعل المشـروط فإنّه و ان ارتکب محرّما مع عـدم رفع المشـروط له یـده عن الفعـل المشـروط قبـل التصـرف المزبور الّا ان العین لکونها ملکا للمشـروط علیه یعمّه ما دلّ علی نفوذ تصـرّف المالـک و معـاملته فبتعـذّر الشـرط یثبت للمشـروط له خیار الفسـخ قیل بجواز الإجبار أو عـدم جوازه فانّ جواز الإجبار مع امتناعه عن العمل المشروط و عدم تعذر ذلک العمل و إذا کان التّصرف المزبور لازما یتعذر الفعل المشروط بشمول أدلّة نفوذ التصرف و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۴۷

و هل له إمضاء البيع مع طلب (۱).

ثم انّ هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين (۲).

لزومه لذلك التصرّف و لا يجوز هذا الإجبار بناء على ان ليس للمشروط له مع هذا الامتناع الّا الخيار.

و بالجملة عدم جواز التصـرف المنافى لكونه ملازما لترك الواجب أو حرمة نفس التصرف لا يوجب فساد ذلك التصرف ما لم يثبت ان للمشـروط له حق فى العين المنتقلـة إلى المشـروط عليه و لاـ يمكن إثبـات هـذا الحق بجواز الإجبار أو عـدم جواز ذلك التصـرف تكليفا فإنّ النهى عن معاملـة لا يوجب فسادها فضـلا عمّا إذا كان عـدم ذلك التصـرف لاسـتلزامه ترك الواجب الـذى من قبيل الحق للغير أو الحقّ للّه سبحانه فقط.

فتحصل انه مع تلف العين أو التصـرّف المنافى اللازم ليس للمشـروط له الّا خيار الفسخ فى بيعته و مع فسخه يرجع الى بدل العين مثلا أو قيمة.

ثم ان الالتزام بصحّة التصرف و انه مع فسخ البيع الأول يبطل تلك التصرفات من أصلها أو من حين فسخ البيع الأوّل غير ممكن فإنّه لا موجب لانفساخها من الأصل أو من حين فسخ البيع الأول بل يلزم من انفساخها عدم تعذر الشـرط الموجب لعدم الخيار فى فسخ البيع الأوّل عند المصـنف و اتباعه ممّن جعل الخيار فى فرض تعذّر الشـرط خاصة و يجرى مثل هذا الكلام فى تصرّف الناذر فى العين الّتى نذر تصرّفا خاصا فيها مطلقا أو مشروطا فتدّبر جيّدا.

(۱) يعنى هل للمشـروط له إمضاء البيع الأوّل و عدم فسـخه و مع ذلك ان يطلب من المشروط عليه يعنى المشترى ان يفسخ نقله العين من ثالث فيه احتمال.

أقول لو كان التصرف المنافى غير لازم فله ذلك فإنه من الإجبار على الشرط و الّا فلا مورد للطلب كما لا يخفى.

(۲) يعنى كما لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقلة اليه كذلك لا يسقط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۴۸

إذا كان مما يقبل الاسقاط (۱).

خيـاره بتصـرّفه فى تلـك العين بنقـل أو غيره فيمـا إذا لم يكن تصـرّفه ظاهرا فى اغماضه عن خيار تعـذّر الشـرط و الّا فيسـقط كما فى تصرّف ذى الخيار فى خيار المجلس أو الشرط أو نحوهما على ما تقدم فى خيار الحيوان.

(۱) ذكروا ان للمشـروط له إسـقاط شـرطه فيما كان المشروط قابلا للإسقاط دون ما لا يقبل كاشتراط ملكيّة مال العبد أو حمل الدابة للمشترى و قـد يقـال فى ضابط ما يقبل الأسـقاط و ما لا يقبله ان المشـروط إذا كان أمرا وضـعيّا يكفى فى حصوله نفس الاشتراط فى العقد لا يقبل الأسـقاط بخلاف ما إذا كان فعلا سواء كان لذلك الفعل ماليّة أم لا فان هذا قابل للإسـقاط حتى بناء على ان الفعل فيما كان له ماليّـة مملوك للمشـروط له فإن ملكيّة الفعل على العهدة نظر الدين- يقبل الاسـقاط و لكن لا يخفى ان مجرّد كون المشـروط امرا وضـعيا يحصل بنفس الاشتراط لا يقتضى عدم جواز إسقاطه فإنّ الخيار المشروط أمر وضعى يحصل بنفس الاشتراط فيما لم يعين له زمان منفصل مع انّه يقبل الأسـقاط منفصـلا أو متّصلا و لا يبعد ان يقال ان المشروط فيما كان من قبيل الشيء على عهدة المشروط عليه أو كـان أمرا يكفى فى زواله مجرّد الإلغـاء كالخيـار و منه اشتراط الوصف فى أحـد العوضـين يقبل الأسـقاط بخلاف ما إذا كان زواله يحتـاج الى سـبب خـاص فـإنه لا يزول الا بـذلك السـبب كملكيّـة العين فإنّها لا يزول إلّا بالمعاملـة و الإرث لا بمجرد الإسـقاط الإنشائى.

لا- یقال نفس الاشتراط فی نفسه أمر اعتباری یقبل الأسقاط و الإلغاء و لا یفرق فی ذلک بین کون المشروط قابلا للإسقاط أم لا فبالغاء نفس الاشتراط یسقط اعتبار المشروط وضعیّا کان أو فعلا خارجیّا أو غیرهما.

فإنه یقال نعم و لکن کما ان الاشتراط فی تحققه یتبع العقد و یعتبر الالتزام المزبور شرطا کذلک فی زواله یحتاج الی زوال ذلک العقد و لذا ینحل تمام الشروط من غیر

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴۹

[السابعة قد عرفت ان الشرط من حیث هو شرط لا یقسط علیه الثمن]

السابعة قد عرفت ان الشرط من حیث هو شرط لا یقسط علیه الثمن (۱).

فرق بین مشروط و مشروط آخر بانحلال العقد.

و علی ذلک فلو شکّ فی کون المشروط مما یقبل الأسقاط و الإلغاء فمقتضی الاستصحاب بقاء ذلک المشروط و عدم زواله بناء علی اعتباره فی الشبهات الحکمیّة و امّا بناء علی عدم اعتباره فالأصل عدم اعتبار المشروط بقاء و لکن هذا مجرد فرض فانّ خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم مقتضاهما بقاء المشروط و عدم انحلاله کما لا یخفی.

ثم انّه یستثنی عن جواز إسقاط شرط الفعل اشتراط العتق فإنّه لا یقبل الأسقاط لعدم انحصار الحق فیه لمشترطه بل فیه حق اللّه تعالی و حق العبد و ناقش المصنف (ره) فی الاستثناء بأنّه ان أرید من حق العبد انتفاع العبد بعتقه فهذا لا یوجب استحقاقه المطالبة به و إجبار المشروط علیه به فیکون نظیر ما إذا باع متاعه و اشترط علی المشتری بیعه من آخر بأقلّ من القیمة السوقیّة فإنّه لا یجوز لذلک الآخر المطالبة بالبیع و الإجبار علیه.

و مما ذکر یظهر الکلام فی حق اللّه فإنّه ان أرید بحق اللّه سبحانه إیجاب الوفاء بالشرط فیجری فی جمیع شرط الأفعال و لو کان المراد بان العتق فی نفسه مستحب یعتبر فیه القربة فهذا یجری فی سائر الأفعال المستحبّة کشرط التصدق للفقیر بمال کذا و علی الجملة لو لم یکن المشروط فی نفسه عملا- واجبا کإتیان الفرائض الیومیّة فلا یکون فیه حق اللّه بحیث یجبره الحاکم علی الإتیان به من باب المنع عن المنکر ای ترک الواجب أقول لو کان المشروط فی نفسه عملا واجبا کما ذکرنا ایضا یصح إسقاطه فلا یترتّب علی ترکه خیار الامتناع أو تعذر الشرط کما لا یخفی.

(۱) و حاصل ما ذکر (قده) فی المقام انّ الشرط فی المعاملات و ان لا یقسط علیه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۵۰

....

العوض بل الثمن فی البیع یقع بإزاء نفس المبیع فلا- یکون الشرط جزءا من المبیع و لا- من الثمن الّا انّ عدم التقسیط لجریان أبناء المعاملات فی اعتبارهم و قرارهم علی کون الشرط التزاما زائدا علی الالتزام بأصل المعاملة و انّ الشارع قرر المعاملات و الشروط فیها علی ما هی علیه عندهم و من الظاهر ان عدم تقسیط الثمن منهم غیر شرط المقدار للمبیع أو الثمن.

و امّا إذا کان المشروط هو الکم فی المبیع الشخصی أو الثمن الشخصی و ظهر عدم کونه بذلک المقدار فإنّ جماعة من القدماء و المتأخرین و ان ذهبوا الی شرط الکم کسائر الشروط فی عدم التقسیط الّا انّ الأظهر هو التقسیط کما علیه اعتبار أبناء المعاملات فإنّه إذا باع صبرة علی انّها مأة منّ و ظهرت تسعین فإنّه لا ینبغی الریب فی انّ الفرض عندهم من ظهور عدم بعض المبیع فیستحق المشتری من الثمن ما یقع بإزاء عشرة أمنان فإنّ الثمن ثمن لمأة منّ خارجی.

و بتعبیر آخر یکون البیع المزبور بالإضافة إلی عشر الثمن غیر متحقق و یجوز للمشتری فسخه فی الباقی لتبعّض الصفقة علیه کما ان له الإمضاء باسترداد الثمن الزائد وفاقا لجماعة کالشیخ فی المبسوط و المحقق فی الشرائع و العلّامة فی جملة من کتبه و الشهیدین و غیرهما (قدس سرهم).

و دعوی ان الثمن المزبور یقع فی إنشاء المعاملة بإزاء الموجود خارجا و انّما یعتبر وصف فی المبیع و هو کونه بمقدار کذا فیکون من تخلف الوصف المشروط و یثبت فیه ما یثبت فی فقد سائر الأوصاف المشروطة و لذا یقال بتقدیم الإشارة علی الوصف لا یمکن المساعدة علیها فان شرط الکم من ذکر عنوان للمبیع و ذلک العنوان موجود بعضه حقیقة و بعضه وهما کما علیه اعتبارهم و هذا کلّه فیما کان المبیع متساوی الأجزاء بأن کان مثلیّا و امّا إذا کان اجزائه مختلفة فالأمر فیه و ان کان کذلک ایضا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۵۱

....

کما یدل علیه خبر ابن حنظلة و لا یضر لدلالته اشتمال ذیله بحکم لم یعمل به الأصحاب و لا یمکن إرجاعه إلی القاعدة و هو إعطاء غیر المبیع عوضا عن الجزء المعدوم الّا انه قد یقال ان شرط المقدار فی مختلف الأجزاء لا یوجب الّا ثبوت الخیار فان شرط الکم فیه کبیع الحیوان بثمن و اشتراط حمله فیه أو بیع العبد بثمن و اشتراط ما له فیه فی انّ ظهور عدم الحمل أو المال لا یوجب الّا الخیار.

و زاد بعض هؤلاء علی هذا الاستدلال ما ذکر الشیخ (قده) فی الفرق بین الصورتین من انّ الثمن فی صورة اختلاف الأجزاء لا یمکن تقسیطه علی المقدار الموجود و المقدار المفقود فإنّه إذا باع أرضا بثمن علی أنها عشرة أجربة و ظهرت بعد المسح کونها خمسة فالخمسة المفقودة لا- یمکن فیها تعیین الوصف بأنّها سهلة مثلا- أو غیر سهلة لیمکن تقسیط الثمن علی ذلک المفقود و الموجود بخلاف فرض متساویة الاجزاء لأن المفقود فیه یفرض علی وصف الموجود.

و أجاب المصنّف (ره) عن الفرق المزبور بان عدم إحراز ما یقع من الثمن بإزاء المفقود لا یوجب عدم استحقاق المشتری القسط الّذی لو فرض العلم بذلک القسط کان له الأخذ بذلک القسط و إذا لم یعلم ذلک القسط فیلزم المتبایعین بالمصالحة علیه الّا ان یقال انّ الحکم بصحّة البیع فی البعض و الانحلال فی البعض الآخر ینحصر بما إذا کان التّقسیط عند الحاجة إلیه ممکنا و ان لم یعلم ذلک القسط ابتداء و امّا إذا لم یکن کما فیما نحن فیه فلا بد من الحکم ببطلان أصل البیع بظهور المبیع علی غیر المقدار المشروط أو الحکم بالصحّة بلا تقسیط الثمن بان یثبت للمشروط له خیار الفسخ خاصّة.

و لکن یمکن الجواب عن هذه الدعوی بإمکان التقسیط عند الحاجة فی الفرض أیضا فإنه لو کانت القطعة المزبورة مع اختلاف أجزائها متفقة فی القیمة فالأمر واضح

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۵۲

....

لأنه یکون الفرض کالفرض فی متساویة الأجزاء فیفرض کون خمسة أجربة عشرة أو کون ثلثه من الخمسة الموجودة ثمانیة فالثمانیة مع الاثنین الباقیین من الخمسة عشرة أو یفرض أربعة من الخمسة الموجودة تسعة فتکون التسعة مع الواحد الباقی من الخمسة عشرة أو یفرض الواحد من الخمسة و الستة مع الأربعة الباقیة تکون عشرة و امّا إذا کانت الأجزاء مختلفة فی القیمة و قد رأی المشتری الخمسة الموجودة أو وصفها له البائع و تخیّل أنها عشرة بأن کانت الأرض جریبان منها سهلة و ثلاثة اجربتها غیر سهلة و اشتراها بزعم أنها عشرة أجرته فیفرض السهل أربعة أجربة و غیر السهلة ستة فتکون الثمن موزعة علی العشرة کذلک فیأخذ المشتری من الثمن المسمی نصفها لأنّ الموجود خارجا نصف المبیع و هذا الفرض کالفرض فی متساوی القیمة و ان لم یکن تحقّقه خارجا ضرورة انّ الخمسة لا

تكون عشرة و ثلثه لا- تكون ثمانية الّا ان فرضه طريق صحيح الى تقسيط الثمن المبذول بإزاء العشرة فقد تحصل انّ التقسيط فى الصورة الثانية أيضا هو الأظهر و انّه كالصورة الأولى ممكن.

و ذكر السيّد اليزدى فى المقام ما حاصله ان ذكر المقدار للمبيع الشخصى على نحوين فتارة يؤخذ شرط المقدار على حقيقة الشرط بان يكون المبيع هو الموجود الخارجى كيف ما اتفق و يكون الثمن بإزاء نفس الموجود الخارجى و يكون اشتراط المقدار كاشتراط الوصف فيه و منه اشتراط حمل الحيوان المبيع للمشترى فى كون تخلّفه موجبا للخيار و لا يضر فى ذلك انّه على تقدير تحقق المقدار المزبور يكون الثمن بإزاء تمام المقدار لأنّ المقدار على تحقّقه من الموجود الخارجى الّذى بيع بالثمن المزبور بخلاف صورة عدم تحققه.

و اخرى يكون ذكر المقدار لا- بعنوان الاشتراط حقيقة بل باعتبار أنّه عنوان المبيع الذى يكون بذل الثمن للموجود خارجا بذلك العنوان و يجرى ذلك فى حمل الدابّة أيضا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۵۳

....

بأن يبذل الثمن بإزاء الدابة و حملها و فى هذا الفرض يقسط الثمن و يتم البيع بالإضافة إلى المقدار الموجود فقط و ما ورد فى رواية عمر بن حنظلة يحمل على البيع بالنحو الثانى بأن يراد بذكر عشرة أجربة أنّ العشرة يعطى لها الثمن نظير صورة اخبار البائع بوزن المبيع أو كيله أو تحمل الرواية على ثبوت الأرش فى الوصف المشروط المفقود على ما تقدم و على الجملة فالمتبع صورة العقد و إنشائه مع عدم القرينة على خلافه من كون شرط المقدار كاشتراط سائر الأوصاف.

أقول إنّما يتبع ظاهر الإنشاء فيما إذا أمكن جعل شىء جزءا من المبيع و جعله شرطا فى بيع ذلك المبيع و اما إذا لم يكن الّا جعله شرطا كشروط الوصف الغير المقوم فلا معنى لجعله جزءا و ان أتى بنحو لو أتى بذلك النحو ما يمكن مقابلته بالمال لكان جزءا كما إذا قال بعت هذا العبد مع وصفه الكتابة بكذا حيث انّ الثمن يقع بإزاء العبد و لا يترتب على تخلّف الوصف الّا خيار الفسخ فإنّه لا معنى لاشتراط وصف الكتابة إلّا جعل الخيار كما انّه إذا لم يكن جعل شىء شرطا و التزاما بأمر آخر غير الالتزام البيعى فلا يحمل على الاشتراط و لو كان فى صورة العقد بصورة الاشتراط كما فى الوصف المقوّم بان قال بعت هذا الموجود بكذا على انه ذهب فظهر كونه نحاسا.

و على ذلك فنقول لا- ينبغى الريب فى ان اشتراط المقدار فيما كان المبيع من المثلى عنوان مقوم لما تقدم من انحلال البيع فيه بالإضافة إلى أجزائه الخارجيّة كانحلاله بالإضافة إلى أجزائه المشاعة و لو قال بعت هذه الصبرة من الحنطة على أنّها مأة كر بألف دينار فالمتفاهم منها ان كل كرّ منها قد بيع بعشرة دنانير و هذا ظاهر عند أبناء الأسواق و انه لو ظهر ان الصبرة المزبورة تسعون فلا يستحقّ البائع إلّا ما يقع الثمن بإزاء التسعين حتى ما لو كان الاشتراط بصورة اخبار البائع بالوزن.

و انّما الكلام فيما إذا كان المقدار فيما لا ينحل البيع فيه الى أبعاضه الخارجيّة و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۵۴

فان دلّت القرينة على انّ المراد اشتراط بلوغه هذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة (۱).

و لعل هذا هو الأظهر (۲).

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

و الكلام فيه يقع فى أمور (۳).

لم یکن البیع فیه و تعیین الثمن فیه بحسب المقدار و الکم مثلا لو قال بعت هذا الأرض التی عشرة أجربة کل جریب منها بکذا فإنه لا إشکال فی بطلان البیع بالإضافة إلی خمسة أجربة لو ظهرت انها تکون خمسة أجربة.

و الحاصل ینبغی الکلام فیما إذا قال بعت هذا الأرض التی عشرة أجربة بألف فظهر کونها خمسة أجربة مثلا أو یقول بعت هذا الأرض بکذا علی انّها عشرة أجربة فنقول ففی مثل هذه الموارد لو کانت تعیین المبیع عرفا بحسب المقدار بحیث یکون البیع مع عدم ذکر الکم من بیع الغرر فلا ینبغی الإشکال فی ان ذکر الکم عنوان مقوم أتی بصورة الشرط أم لا و ان لم یکن تعینه بالکم خاصة بل یکفی فی بیعه المشاهدة أیضا یکون ذکر الکم شرطا أتی بصورة الاشتراط أو بنحو الأخبار.

(۱) بان یکون فی البین شرط آخر و هو ان الموجود علی تقدیر اشتماله للزیادة فتلک الزیادة للمشتری مجانا.

(۲) لم یعلم وجه أظهریّته بل شرط المقدار إذا کان عنوانا یتعلّق البیع بالموجود بذلک العنوان یکون الزیادة للبائع لا محالة.

(۳) ذکر (قده) انّه إذا کان الشرط فی المعاملة محکوما بالفساد فلا ینبغی الإشکال فی أنّه لا یجب الشرط فیما کان فعلا و انما یجب مع صحّة الشرط فان لزوم الإتیان بالفعل کان مستفادا من قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و المفروض عدم جریانه مع فساد الشرط کما لا ینبغی التأمل فی انه یستحبّ الإتیان بذلک المشروط فیما کان المشروط عملا مباحا و قلنا بان فساد الشرط لا یسری الی أصل المعاملة فإنّ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۵۵

....

الشرط مع فساده یدخل فی عنوان الوعد فیستحب الوفاء به.

ثم ان فساد الشرط یسری الی أصل المعاملة فیما کان فساده لجهالة المشروط لأنّ الشرط علی ما تقدم قید لأحد العوضین فیکون البیع مع جهالته غرریا و کذا یحکم بفساد أصل المعاملة فیما کان الشرط استیفاء المنفعة المحرمة من المبیع کما إذا باعه الخشب علی ان یعمله صنما أو صلیبا فإنّ المنفعة المحللة للخشب و ان کانت کثیرة و باعتبارها یحسب مالا یصح المعاوضة علیه الّا ان مع اشتراط صنعه صنما أو صلیبا یقتصر منفعته بالمحرم فیکون أخذ المال بإزائه أکلا له بالباطل لأن من شرط البیع مالیّة المبیع و لو لم یتم هذا یکفی فی المقام دلالة بعض الروایات الواردة فی النهی عن بیع الخشب ممّن یعمله صنما أو صلیبا و کذا لا یصح البیع فیما کان وقوعه مع الشرط المزبور دوریا کما إذا باع متاعا و اشترط علی المشتری بیعه منه ثانیا فإنّه قد ذکر العلامة (قده) بطلان البیع فی الفرض لکون وقوعه دوریّا لان تحقق البیع موقوف علی حصول الشرط توقف المشروط علی شرطه و تحقق الشرط ای بیعه من بایعه ثانیا موقوف علی تحقق البیع لأن من شرط البیع کون بایعه مالکا للمبیع و بما ان هذا التعلیل علیل لانّ الشرط فی المعاملات لا یدخل فی اجزاء العلة لیتوقف البیع علی حصول الشرط و الّا لما صّح اشتراط بیعه من غیر بائعه أیضا ذکر وجها ثانیا لبطلان البیع و هو عدم قصد البائع للبیع مع الشرط المزبور و بما انّ هذا الوجه ایضا غیر صحیح لانّ القصد الی البیع خصوصا مع اختلاف الثمن ظاهر ذکر وجها ثالثا و هی دلالة النص علی بطلان البیع مع الشرط المزبور.

و الحاصل انّ الکلام فی إفساد الشرط الفساد أصل المعاملة یختص بما لم یکن فساد الشرط موجبا للخلل فی المعاملة بأن یوجب فقد شرطها انتهی محصل کلامه.

أقول یأتی انّ الملتزم بسرایة فساد الشرط الی العقد یدّعی ان التراضی المعتبر فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۵۶

....

صحّة المعاملة ينتقى مع فساد الشرط حيث ان التراضى بالمعاملة منوط بحصول الشرط أى نفوذه.

فالقول بأنّ مورد الكلام فيما لم يكن فساد الشرط للإخلال بما يعتبر فى المعاملة بلا وجه بل الصحيح فى المقام بعد التسالم على الكبرى و هى فساد أصل المعاملة بفساد شرطه فيما كان فساد الشرط موجبا للإخلال بما يعتبر فيها هو البحث فى الصغرى و هى ان فساد الشرط يوجب فقد ما يعتبر فى المعاملة مطلقا أولا يوجب مطلقا أو يوجبه فى بعض الموارد دون البعض الآخر اللهم الّا ان يكون مراد المصنف (ره) ان المعاملة التى يختل فيها مع الشرط ما يعتبر مع قطع النظر عن فساد الشرط خارج عن مورد الكلام.

ثم انّ البحث فى الصغرى كما ذكرنا مع قطع النظر عن قيام النص فى مورد خاص ببطلان المعاملة بذلك الشرط فإنه يؤخذ بالنص فى ذلك المورد و من ذلك ما إذا باع متاعا بشرط ان يبيعه منه ثانيا أو اشترى متاعا بشرط ان يشترى بايعه ثانيا و لكن مدلول النص كما يأتى ما إذا كان فى البين اختلاف الثمنين فى البيع الأول و البيع المشروط فلا بأس باشتراط بيع المتاع منه ثانيا مع عدم الاختلاف المزبور.

و اما بيع الخشب على ان يعمل صنما أو صليبا فقد ذكرنا فى المكاسب المحرمة انّه لا يجوز بيعه ممّن يعمله صنما أو صنما للنص و النص لا يعم ما إذا اشترط البائع على مشترى الخشب صنعه صنما أو صليبا مع عدم عمل المشترى بالشرط و كذا لا يمكن استفادة عدم الجواز فيما كان شرط المشترى على البائع ان يصنعه البائع صليبا أو صنما مع عدم وفاء البائع بالشرط.

و دعوى انّ الخشب مع اشتراط المنفعة المحرمة يخرج عن الماليّة فيكون أكل الثمن بإزائه أكلا له بالباطل لا يمكن المساعدة عليها لأن الشرط المنفعة المحرّمة مع فساد الشرط لا يوجب خروج الخشب عن المالية لا عقلا و لا شرعا فكيف يكون أخذ الثمن

و مقتضى التأمل فى كلامه انّ الوجه فى ذلك (۱).

بإزائه من اكله بالباطل.

و امّا جهالة الشرط فقد تقدم ان الشرط لا ينضم الى أحد العوضين لا قيدا و لا جزءا لا بمعناه المصدرى و لا بمعناه المشروط و ان جهالته لا يوجب فساده فضلا عن إيجابه فساد أصل المعاملة إلا إذا كان المشروط خصوصيّة فى أحد العوضين كاشتراط النسبة فى الثمن أو كون المبيع بيد بايعه إلى مدة مجهولة يكون البيع فاسدا للغرر فيه.

و اما ما ذكر (قده) من عدم التأمل فى استحباب العمل بالشرط مع كونه عملا مباحا فى نفسه بناء على عدم فساد المعاملة بالشرط الفاسد فقد يقال كما عن النائينى (قده) ان الشرط الفاسد لا يدخل فى عنوان الوعد فان الوعد اخبار و الاشتراط أمر إنشائى.

و قد يقال كما عن اليزدى (قده) بان الاستحباب لا يختص بصورة عدم فساد العقد به بل على القول بالإفساد أيضا يستحب الإتيان بذلك الفعل للوفاء بالوعد و لكن شيء من الأمرين غير تام اما الأول فلما ذكرنا فى بحث حرمة الكذب ان الوعد قسم منه اخبار و قسم منه إنشاء فإنّ الالتزام بالفعل للغير مستقبلا و إبراز ذلك الالتزام لا بمعنى الحكاية وعد فيدخل فيه الشرط فى المقام و اما الثانى فلانّ الالتزام بالفعل للغير إنشاء لا يكون مطلقا بل على تقدير حصول المعاملة حيث انّ الالتزام الشرطى قسم من الوعد الإنشائى منوط بالمعاملة و على تقدير عدم المعاملة فلا التزام كما لا يخفى.

(۱) بان يكون المشروط تسليم المبيع أى الزرع سنبلا فإنّه لا ينبغى فى الفرض فى بطلان البيع لعدم إحراز التمكن من هذا التسليم فيكون نظير اشتراط كون المبيع بيد بايعه إلى مدّة مجهولة فى إيجابه الغرر فى البيع فإنّه يعتبر فى البيع التمكن عى التسليم و لو بالتسبيب بنحو الوثوق و العادة و امّا إذا كان الشرط صيرورة الزرع سنبلا و لو بعد تسليم المبيع الى مشتريه فبطلان الشرط المزبور مسلّم و لكن فى كونه موجبا لبطلان البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۵۸

و ربما ينسب الى ابن المتوج البحرانى (۱).

أحدها ما ذكره الشيخ فى المبسوط للمانعين (۲).

مورد الكلام فى المقام.

ثم لا يخفى ان المصنف (قده) قد نسب الى الشيخ (ره) و من تبعه فيما سبق عدم كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد و نسب إليه فى المقام كون فساده موجبا له و الظاهر ان النسبة فى المقام سهو من قلمه الشريف.

(۱) و ربما يقال ان الخلاف فى كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد أم لا فيما لم يكن فساد الشرط للغويته كما إذا باع المتاع و اشترط على المشترى لبس ثوب مخصوص أو أكل طعام خاصّ فإنه لا خلاف فى الفرض فى صحّة العقد و لزومه. مع بطلان الشرط و قد تقدم عن التذكرة قوله انه يعتبر فى الشرط كونه مقصودا للعقلاء و ما لا يتعلّق به غرضهم لغو لا يؤثر فى الخيار و منه اشتراط الكيل بمكيال معيّن فى بيع السلم نعم قد وقع الكلام فى بعض الموارد بأنّ الشرط فيه غرض عقلائى أم لا كاشتراط كفرا لعبد المبيع و يؤيّد ان ما لا غرض فيه من الشرط خارج عن مورد الكلام فى المقام استدلال القائل بفساد العقد بفساد شرطه بان للشرط قسطا من الثمن و مع فساده يكون القسط الواقع بإزاء المبيع مجهولا.

و وجه التأييد أن شرط اللغو لا يكون له قسط من الثمن.

نعم الاستدلال الآخر على الإفساد بأنّ التراضى منوط بحصول شرطه و مع عدم حصوله لا تراضى يجرى فى الشرط اللغو أيضا الّا ان الشهيدين مع استدلالهما بهذا الوجه قد صرّحا بأنّ اشتراط كفر العبد و جهله بالعبادات لغو اى لا يترتب عليه أى أثر و من الأثر فساد العقد به كما لا يخفى.

(۲) استدل الشيخ (قده) فى مبسوطه على سراية الفساد إلى أصل المعاملة بأن للشرط قسطا مجهولا من الثمن بمعنى انّ الشرط على البائع ينضم الى المبيع و يقع الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۵۹

....

بإزاء المبيع و الشرط و إذا فرض فساد الشرط و جهالة القسط الواقع بإزائه يكون القسط الواقع بإزاء المبيع مجهولا فيبطل البيع بالإضافة إليه أيضا.

و أورد المصنّف (ره) على الاستدلال المزبور بعد النقض عليه ببطلان الشرط فى النكاح بأمور و وجه النقض انّ فساد الشرط فى النكاح و ان لا يوجب بطلان النكاح لدلالة الروايات على بقاء النكاح ببطلان الشرط فيه الّا انه يلزم على القائل ببطلان العقد ببطلان شرطه لأن للشرط قسطا من الثمن الحكم ببطلان المهر المسمى ببطلان الشرط على الزوج و ذلك فانّ المهر المسمى فى النكاح لو كان مالا متعدّدا كما إذا جعل شاتان مهرا و ظهر ان احدى الشاتين ملك لغير الزوج يبطل المهر المسمى و يتعيّن مهر المثل و الشرط على الزّوج جزء المهر بناء على القول بان للشرط قسطا من الثمن فيلزم من بطلان الشرط المزبور بطلان المهر المسمى.

و الأمور الّتى ذكرها فى الإيراد كما تلى الأوّل ان مدلول عقد البيع مثلا وقوع الثمن بإزاء نفس المبيع فلا يكون الشرط اى المشروط جزءا من الثمن و لا من المثمن غاية الأمر يكون الشرط قيدا لأحدهما بحيث يكون بالقيد المزبور زيادة ماليّة أحد العوضين و نقصها و الشاهد بعدم كون المشروط جزءا أنّه لا يثبت للمشروط له عند تخلف الشرط الّا الخيار لا المطالبة ببدل الشرط.

الثانى انّه على تقدير انّ للشرط على البائع قسطا من الثمن فلا نسلم جهالة ذلك القسط و كما ان القسط الواقع بإزاء المبيع الموصوف

بوصف و فاقده مضبوط عرفا كذلك المبيع المشروط معه فعل على البائع و الخالى عن الشرط مضبوط عندهم و بتعبير آخر يكون المقام من بيع شيئين بثمن ثم ظهر فساده بالإضافة إلى أحدهما.

و الثالث انّه لا يعتبر فى المعاملة إلّا كون الثمن الواقع فى الإنشاء معلوما و اما الجهالة الطارية بعد إنشائها فلا يضرّ لصحّتها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶۰

الثانى ان التراضى (۱).

أقول الصحيح فى الجواب هو ان الشرط لا يقسط الثمن عليه فى المعاملة و لا يكون قيدا لأحد العوضين ايضا لا بمعناه المصدرى و لا بمعناه المشروط و الوجه فى صحّته التزام القائل بعدم السراية بانتقال كل الثمن إلى البائع و انتقال تمام المبيع إلى المشترى مع فساد الشرط بلا فرق بين الشرط على البائع أو المشترى كما لا يخفى.

(۱) و قد يستدل على بطلان العقد ببطلان شرطه بانتفاء التراضى المعتبر فى المعاملة بفساد الشرط و بيانه ان التراضى قد تعلق بالعقد بنحو خاصّ و مع عدم حصول الخصوصيّة ينتفى التراضى كما هو مقتضى انتفاء المقيّد بانتفاء القيد و عدم بقاء الجنس بانتفاء الفصل و المعاوضة بين نفس المثمن و الثمن بلا- شرط معاوضة أخرى تحتاج إلى إنشاء أخر و تراض جديد و حيث انه لم تنشأ تلك المعاوضة و لم يحصل التراضى الجديد يكون أكل الثمن بإزاء نفس المبيع من اكله بالباطل و بغير تراض.

و أجاب (قده) بان ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يحتاج مع عدم صحّة الشرط إلى إنشاء عقد آخر بتراض جديد و لا يكون مطلق الارتباط مقتضيا لذلك فإنّه قد ثبت صحة العقد مع عدم حصول جزء المبيع كما فى مورد تبعّض الصفقة و كذا مع انتفاء وصفه المشروط كما إذا باع العبد بوصف كونه كاتبا فظهر غير كاتب و كما فى النكاح فإنّه لا يبطل النكاح ببطلان الشرط فيه كما هو مورد النص و الفتوى و قد تقدم ان ظاهرهم التسالم فى الشرط اللغو صحّة العقد مع إناطة التراضى بالعقد بالشرط يجرى فيه ايضا.

و ايضا ذكروا انه لا- أثر للتواطى على الشرط مع عدم ذكره بالعقد مع جريان الإناطة فيه ايضا و الغرض من ذكر هذه الموارد إثبات إمكان التفكيك بين العقد و الشرط فيه فى الحكم بالصّحة فى العقد و الفساد فى شرطه لا ان الحكم فى هذه المورد دليل على ان فساد الشرط لا يوجب بطلان العقد بل المراد إثبات أن ارتباط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶۱

....

الشرط بالعقد ليس بنحو يوجب بطلانه انتفاء التراضى بالعقد حيث لا يمكن الالتزام فى الموارد المزبورة بأن الأكل فيها باطل عرفا و لكن قد جوزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين و الحاصل ان التوجيه فى هذه الموارد بعدم انتفاء التراضى بالعقد فيها يجرى فى جميع موارد الشروط الفاسدة و لذا ذكر فى جامع المقاصد بان التفصيل بين الجزء و الشرط بالالتزام بصحّة المعاملة بالإضافة الى بعض المبيع بعد بطلانه بالإضافة إلى بعضه الآخر و عدم الالتزام بعدم صحّة المعاملة بعد بطلان شرطها مشكل.

و الحاصل يمكن دعوى انّ فساد الشرط لا يوجب انتفاء التراضى بأصل العقد أخذا بالموارد المزبورة.

و توضيح الدعوى أنّ القيود المأخوذة فى المطلوبات الشرعية و العرفيّة على نحوين الأول ما يكون ركنا فى المطلوب بحيث لا يكون الفاقد مطلوبا كما إذا باع الموجود على انّه عبد فظهر كونه حمارا و تعلق طلب المولى بالإتيان بتتن الشطب فإنه لا يكفى الإتيان بالأصفر أى التتن الّذى يستعمل فى النّار جيل المعروف لغة الفرس ب (قليان) و تعلّقه بالغسل للزيادة تنظيفا فإنه لا يكفى التيمّم و لا يقوم مقامه حيث لا تنظيف فى التيمم بخلاف ما إذا باع الموجود بأنه عبد صحيح فظهر معيبا أو أمره بالإتيان بالتتن الجيّد فاتى بالردى و بالغسل بماء الفرات فاغتسل بغيره فانّ العرف فى هذه الموارد يحكم بان الموجود نفس المطلوب غاية الأمر فاقد لجهة أخرى

مطلوبة ایضا و یعبّر عن ذلک بموارد تعدّد المطلوب و الظاهران الشرط فی المعاملات من القبیل الثانی و یکون قیدا لأحد العوضین بنحو لا یکون رکنا فی المعاوضة و علیه فلو کان المشروط له جاهلا بفساد الشرط یمکن ان یقال بثبوت الخیار له لکون لزوم العقد بدون الشرط ضرریّا علیه بخلاف ما إذا کان عالما بفساده و مع ذلک قد أقدم علی المعاملة مع الشرط فإنه بإقدامه علی الضرر یکون العقد لازما علیه و هذا الخیار غیر مصرح به فی کلماتهم انتهی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۶۲

الثالث روایة عبد الملک بن عتیبة (۱).

ما افاده (ره) فی المقام.

أقول قد تقدم ان المعاملة تکون معلّقة علی الشرط بمعناه المصدری أی الالتزام سواء کان المشروط فعلا أو أمرا وضعیّا و انّ التراضی المعاملی المعتبر فی المعاملات نفس إنشاء المعاملة لا بالإکراه علیها و لا یعتبر فیها طیب النفس الباطنی و علیه فالالتزام المعلق علیه حاصل فتکون المعاملة و إنشائها حاصلا غایة الأمر لا یکون الشرط المزبور نافذا بمعنی انّ المشروط علی تقدیر کونه فعلا لا یجب الإتیان به و علی تقدیر کونه أمرا وضعیّا لا یکون ممضی شرعا و من الظاهر لا تعلیق للعقد علی المشروط أصلا بل عدم حصول المشروط فی مورد اشتراط الفعل بل و غیره یکون من شرط الخیار المشروط و یثبت هذا الخیار للمشروط سواء علم فساد الشرط أم لا فان شرط الخیار شرط آخر غیر الشرط الباطل و لیس لقاعدة نفی الضرر لینحصر ثبوته بصورة جهل المشروط له بالفساد.

و مما ذکرنا ان قضیّة تعدد المطلوب لا ترتبط بالمقام حیث انه قد بیّنا فیما سبق انّ الشرط لا یکون قیدا لیقال انّه غیر رکن أضف الی ذلک ان ما ذکره (قده) من تعدد المطلوب ضعیف جدا فی موارد الطلب الإلزامی و لا یساعد علیه الظهور العرفی نعم ذکروا ذلک فی باب المستحبات و هو ایضا لا یخلو عن تأمّل إلّا فی موارد قیام قرینة عامّة أو خاصّة علی ما ذکر تفصیله فی باب المطلق و المقید.

(۱) استدل علی فساد العقد بفساد شرطه بروایات منها روایة عبد الملک بن عتیبة رواها الشیخ بإسناده عن احمد بن محمد بن عیسی عن علی بن حکم عنه قال سألت أبا الحسن علیه السلام و سند الشیخ إلی أحمد بن محمد بن عیسی و ان کان فیه کلام لا یسعه المجال الّا انه معتبر و لکن عبد الملک بن عتیبة لم یوثق فإنه الهاشمی لا النخعی الثقة بقرینة روایة علی بن الحکم و وجه الاستدلال بها رجوع الضمیر لا ینبغی إلی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۶۳

....

العقد و ان المراد به الحرمة الوضعیّة یعنی العقد المشروط فیه ضمان الضرر علی البائع فاسد و لا یمکن إرجاعه إلی الشرط و الأخذ بظهور لا ینبغی فی الکراهة حیث لا معنی لصحّة البیع و کراهة الوفاء بالشرط إذا لو کان البیع صحیحا لوجب الوفاء بالشرط علی تقدیر صحّة الشرط أو استحب علی تقدیر فساده.

و أجاب (قده) عن الاستدلال برجوع لا ینبغی إلی العقد و المراد به الکراهة بمعنی ان العقد المشروط فیه الضرر علی البائع مکروه و ان کان یجب العمل بالشرط علی تقدیره.

أقول لو کان اشتراط الضرر علی البائع بنحو شرط الفعل تم ما ذکره و امّا لو کان بنحو شرط النتیجة فلا یمکن الالتزام بصحّة الشرط فانّ کون الضرر علی البائع شرط ینافی مقتضی العقد فان النفع أو الضرر یتبع الأصل کما لا یخفی و کیف کان فلا یبعدان یکون المراد بلا ینبغی الفساد و أنّ الفساد یرجع الی الشرط لا إلی أصل البیع.

و منها روایة الحسین بن المنذر قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام یجیئنی الرجل فیطلب العینة فاشتری له المتاع مرابحة ثم أبیعه إیّاه

ثم أشتريه منه مكانى قال إذا كان بالخيار إنشاء باع و ان شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتر فلا بأس فقلت ان أهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون ان جاء به بعد شهر صلح قال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس و الرواية ضعيفة سندا بالحسين بن المنذر.

و منها صحيحة على بن جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحلّ قال إذا لم أ يشترط و رضيا فلا بأس و وجه الاستدلال ان مقتضى نفى البأس عن بيع الشيء ثم شرائه بعدم اشتراط الشراء فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶۴

....

البيع الأول مقتضاه عدم جواز البيع المزبور مع اشتراط الشراء فيه و البأس فى البيع ظاهر فساده.

و أجاب (ره) عن ذلك بوجهين الأول انّ البأس فى الروايتين مع الاشتراط راجع الى الشراء ثانيا و ان الشراء ثانيا لا بأس به مع عدم اشتراطه فى البيع الأول و الّا يكون الشراء ثانيا باطلا و لا بأس بالالتزام بذلك فان اشتراطه فى البيع الأول يوجب ان يقع الشراء ثانيا بلا تراض و بنحو الإلزام على المشروط عليه و ذكر (قده) انه يؤيّد ذلك ما فى رواية الحسين بن المنذر من نقل الراوى ما يذكر أهل المسجد من بطلان الشراء ثانيا مع عدم الاشتراط ايضا و انه لو وقع الشراء بعد شهر صحّ لا قبله.

ثم قال لو فرض رجوع البأس مع الاشتراط الى البيع الأوّل فلا يدل على سراية فساد الشرط الى العقد فان الكلام فى المقام فى سراية فساد الشرط الى العقد لا فيما أوجب الاشتراط الخلل فى العقد و ما فى الروايتين من قبيل الثانى حيث ان فساد البيع بالاشتراط المزبور لكون صحّته مع الشرط المزبور دورى كما ذكره العلامة أو لأنّ البائع لا يقصد البيع مع الشرط المزبور كما عن الشهيد (ره) أو لغير ذلك و كيف ما كان فاشتراط شراء المال ثانيا لا يكون فى نفسه باطلا لأنّه غير مخالف للكتاب و السنّة و لا منافيا لمقتضى العقد ففساد العقد مع الاشتراط المزبور يكون للخلل فى العقد لا للفساد فى شرطه.

أقول ظاهر الروايتين ان بيع العينة مع الاشتراط لا يصح و ان بيع المتاع بشرط شرائه ثانيا محكوم بالبطلان و لا بأس بالالتزام به و هذا كما ذكر (ره) أخيرا لا بأس بالالتزام به تعبدا لا للدور و عدم قصد البيع كما تقدم و اما إرجاع البأس بالشراء الثانى و ان بطلانه لعدم التراضى به ففيه ما لا يخفى فان لازم ذلك بطلان البيع بشرط بيع المتاع و لو من ثالث و لا أظن أن يلتزم به أحد و ان التراضى المعتبر فى المعاملة هو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶۵

و يدل على الصحة جملة من الاخبار (۱).

عدم الإكراه عليها بلا حق على ما تقدم فى بيع المكروه و ان طيب النفس بمعنى ابتهاجها غير معتبر فى المعاملات أصلا.

(۱) استدل (قده) على صحّة المعاملة مع فساد الشرط فيها بروايات منها ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عبيد اللّه بن على الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام انه ذكران بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقها فخيرها رسول اللّه (ص) ان شائت ان تقر عند زوجها و ان شائت فارقته و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا ولاءها على عائشة فقال رسول اللّه (ص) الولاء لمن أعتق فإن الحكاية ظاهرة تمام الظهور فى ان شرط الولاء المحكوم بالفساد لا يوجب بطلان البيع و الّا كان عتقها فى ملك الغير و حملها على الاشتراط خارج العقد مع كونه خلاف الظاهر ينافيه تعليل الحكم فى هذه الرواية إشارة و فى غيرها صراحة بأن شرط الولاء لغير المعتق مخالف للكتاب و السنة.

و منها مرسلة جميل و صحيحة الحلبى و فى الأولى أى المرسلة عن أحدهما عليهما السلام فى رجل اشترى جارية و شرط لأهلها ان لا

یبیع و لا یهب قال یفی بـذلک إذا شـرط لهم رواها الشـیخ بإسـناده عن احمـد بن عیسـی عن علی بن حدیـد عن جمیل بن دراج عن بعض أصـحابنا و رواها أیضا بإسناده عن علی بن إسماعیل المیثمی و زاد فی الثانی الّا المیراث و سنده (ره) الی علی بن إسماعیل غیر مـذکور و کیف ما کان فالأمر بالوفاء بالشـرط فی عدم البیع و الهبة دون المیراث شاهد بعدم سـرایة فساد الشـرط الی العقد فانّ شـرط عـدم المیراث بان لا یثبت فی ملک المشتری عنـد موته باطل کما تقـدم و لو کان العقـد مع بطلان شـرطه فاسـدا لما أمر علیه السـلام بالوفاء بشـرط عدم البیع و الهبة بل لو کان شـرط عدم البیع و الهبة فاسدا ایضا کما نسب الی المشهور لکان الأمر بالوفاء بهما استحبابا وفاء للوعد دلیلا علی عدم بطلان البیع و الوجه فی استثناء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۶۶

و قد یستدل علی الصحّة بان صحّة الشرط (۱).

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج۴، ص: ۴۶۶

فی ثبوت الخیار للمشروط له مع فساد الشرط (۲).

المیراث عن استحباب الوفاء لکون الإرث لا یقبل الاستحباب أو الوجوب کما لا یخفی.

و فی الثانیة أی صـحیحة الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال سألته عن الشرط فی الإماء لا تباع و لا توهب و لا تورث فقال یجوز فی غیر المیراث فإنهـا تورث و کـل شـرط خالف کتاب اللّه فهو ردّ و ظاهر قوله علیه السـلام فإنّها تورث شاهـد لثبوت البیع و سـقوط شرط عـدم الإرث بل فی قوله علیه السـلام کل شـرط خالف کتاب اللّه فهو ردّ ان الشـرط لا یعمل به مع کونه مخالفا لکتاب اللّه و انّ العقـد یبقی فی جمیع موارد عدم العمل بالشـرط لمخالفته کتاب اللّه و یؤیّد أیضا صـحّة المعاملة مع بطلان الشـرط ما ورد فی الشـرط الفاسد فی النکاح.

(۱) و قد یسـتدل علی صـحة العقد مع بطلان شـرطه بان صحّة الشرط متوقّفة علی صحة العقد و لو کان صحّة العقد متوقّفا علی صحّة الشـرط لـدار و فیه ما لا یخفی فان مـدعی سـرایة الفساد الی العقـد یـدعی الملازمة بین الحکمین ای الحکم بصـحة العقد و إمضائه و الحکم بصـحّة الشـرط و إمضائه نظیر الملازمة بین وجوب القصـر و لزوم الإفطار و الملازمة بین الحکمین لا یرتبط علی کون کل من الحکمین علة لحدوث الحکم الآخر کما هو واضح.

(۲) ذکر (قـده) انه بنـاء علی صـحّة المعاملـة مع فسـاد الشـرط فیها یثبت للمشـروط له خیار الفسـخ مع جهله ببطلان الشـرط لأن عـدم حصول الشـرط المزبور من تخلّف الشـرط لأن المانع الشـرعی و تحریم الشارع الفعل المشـروط فی المعاملة کتعذّر ذلک الفعل عقلا فی عدم حصول الشرط و تخلّفه فیدلّ علی ثبوت الخیار مع بطلان الشرط ما دلّ علی ثبوته عند تخلف الشرط.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۶۷

....

ثم لاـ فرق فی ثبوت الخیـار للمشـروط له مع الجهـل بفسـاد الشـرط بین جهله بالحکم کما إذا لا یعلم بان شـرط کنس المسـجد علی الحـائض باطـل أو جهله بـالموضوع بـان لاـ یعلم بـان المشـروط علیهـا الکنس حائض و الشاهـد لثبوت الخیار و لو مع الجهل بالحکم تقصیرا ذکرهم ثبوت خیار الغبن للجاهل به أو بفوریّته.

و لكن يمكن القول بـان الجاهل بفساد الشـرط كالعالم بفساده فى عـدم ثبوت الخيار له سواء كان بطلان الشـرط مع جهله بالحكم أو الموضوع لانّ الدليل على ثبوت الخيار مع تخلف الشـرط الإجماع و قاعدة نفى الضـرر و شـيء منهما غير جار فى المقام فإن الإجماع على الخيار مع بطلان الشـرط غير محرز بل تقدم عدم الإشارة الى ذلك فى كلماتهم فضـلا عن التصـريح و اما قاعدة نفى الضـرر فقد ذكرنـا فى التكلم فى القاعـدة أنّه لاـ يعمـل بهـا فى غير مورد إحراز عمـل المشـهور بهـا للعلم بـأنه كـان لهـا قيـد لم يصل إلينا و عمل المشـهور بها فى مورد كاشف عن عـدم شـمول القيـد لذلك المورد و الوجه فى العلم الإجمالى المزبور اسـتلزام إطلاقها تأسـيس فقه جديـد خصوصـا لو جعـل الجهل بالحكم عـذرا بحيث تنفى بالقاعـدة الحكم الضـررى المتعلق بالمكلف و لو لجهله بالحكم الشـرعى الآخر كنفى لزوم المعاملة فى صورة الجهل بخيار الغبن أو جهله بفوريّته.

و الوجه فى استلزام العمل بعموم القاعدة تأسيس فقه جديد انه يثبت فى المعاملات من جهة الجهل بأحكامها خصوصا الجهل بصحّتها أو فسادها ضـرر لا يتدارك فيلزم ان لا يثبت صـحتها أو فسادها لئلا يقع الضرر كما إذا اشترى مالا نسيئة مع عدم تعيين المدة فى ناحية الثمن للجهـل بـاشتراط التعيين و تسـلم المبيع ثم علم بطلان البيع فانّ بطلانه يوجب تضـرّر البائع لو قيل بأن أجرة حمل المتاع اليه ثانيا على البائع و تضرر المشترى لو قلنا بأن أجرته عليه فيلزم ان ينفى فساد المعاملة بقاعدة نفى الضرر لئلا يقع الضرر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶۸

و هو المانع من صحّة البيع (۱).

و فى باب المرابحة بعد ذكر المحقّق (۲).

و الحاصل ان العمل بقاعدة نفى الضـرر فى لزوم البيع مع فساد الشـرط فيه غير محرز فلا يمكن نفيه و لو مع جهل المشـروط له بفاسـد الشرط حكما أو موضوعا.

أقول قـد تقدم ان الخيار فى المعاملات لا يثبت بقاعدة نفى الضـرر و لو جرت القاعدة فيها لكان مقتضاها فسادها لا ثبوت الخيار و ان المـدرك للخيـار فى المقـام و نظيره هو الشـرط الارتكـازى الثـابت فى المعاملات و هـذا الشـرط مشـمول لقوله صـلى اللّه عليه و آله المسلمون عند شروطهم.

بـل لاـ يبعـدان يثبت الخيـار فيمـا كـان المشـروط المحكوم بالفسـاد أمرا وضـعيّا فانّ عـدم حصوله ايضا موضوع للخيار المشـروط فى ارتكازهم و يشهد لذلك موت المشروط عليه بعد العقد مع شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة عليه.

و امّا ما ذكر (قده) من ان الأخذ بعموم القاعدة يوجب تأسـيس فقه جديد فقد ذكرنا فى محلّه ان الحكم الضـررى منفى بها لا الناشـى من عدم الحكم أو الناشى من غير الحكم و هذا لا يستلزم محذورا و التفصيل فى محلّه.

(۱) اى الشـرط مانع عن صـحة البيع و مع إسـقاط الشـرط يصح البيع ثم ذكر و بالجملة فهل يترتب على مثل شـرط تخمير العنب فساد بيعه من أصـله بحيث لو رضـى المشترى بإسـقاط شرطه لم يصح البيع أيضا أو انّ البيع بدون إسقاط الشرط موقوف فإن أسقط صحّ و وجه الإيقـاف ان التراضـى بأصل العقـد كالتراضـى فى عقـد المكروه و الفضولى و لكن الجواب ما قيل فى وجه بطلان العقـد ببطلان شرطه مقتضاه عدم كفاية إسقاط الشرط حيث ان العقد المطلق غير منشأ كما لا يخفى.

(۲) ذكر المحقق (قـده) فى مسألـة اشتراط بيع المبيع من بـايعه ثانيـا انه لو لم يشترطـا البيع الثانى بـذكره فى البيع الأول شـرطا بل كان ذلك من قصد هما من غيران

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۶۹

....

يشترطا لفظا كان البيع مكروها.

ثم انه ذكر فى المسالك فى مسألة اشتراط البيع من البائع ثانيا انّ المراد من اشتراط بيعه من بايعه ذكر هذا الشرط فى عقد البيع و لو لم يذكرا فى العقد بل كان بيعه من بايعه ثانيا فى قصد المتبايعين فقط لم يضر هذا القصد بصحّة البيع و لا بصحّة الشراء من مشتريه ثانيا و امّا لو ذكرا هذا الشرط قبل العقد و تركا ذكره فى العقد فان كان عالمين بأنّ الشرط المذكور قبل العقد لا اثر له فيحكم أيضا بصحّة البيع و الشراء ثانيا و امّا لو جهلا ذلك و تخيّلا انّ المذكور قبل العقد كالمذكور فى العقد يحكم ببطلان البيع نظير الحكم ببطلانه مع ذكر الشرط فى نفس العقد و الوجه فى التفصيل انه مع علمهما بعدم الأثر للشرط المذكور قبل العقد يكون إقدامهما مطلقا بخلاف ما إذا جهلا و تخيّلا لزوم الشرط فإن إقدامهما على ملكية المبيع يكون مقيّدا.

و ذكر أيضا فى المسالك فى ذيل كلام المحقق فى باب المرابحة انّه لو لم يشترطا بيع المتاع من بايعه ثانيا فى متن عقد البيع بل اشترطا ذلك قبل البيع فلا يوجب بطلان البيع إلّا إذا توهّما لزوم رعاية المذكور قبل العقد أيضا أو علما عدم لزومه و لكن كان عدم ذكره فى متن العقد لنسيانهما.

ثم تعرّض لما يورد على كلام المحقق من حكمه بصحّة البيع من عدم ذكر الشرط فى عقد البيع و كونه فى قصدهما فقط و لما يجاب عن الإيراد أما الإيراد فهو ان العقود فى صحتها تتبع القصود و إذا لم يكن العقد بحسب القصد مطلقا كما هو فرض قصدهما بيع المتاع من بايعه ثانيا فكيف يحكم بصحّة البيع اما الجواب فلأنّ صحّة الشرط و ان يحتاج الى قصده و ذكره فى العقد و لكن فساد الشرط لا يتوقف على قصده بل يكفى فيه عدم ذكره فى العقد كما انّ بطلان العقد بالشرط يتوقف على قصد ذلك الشرط و ذكره فى العقد و كذلك صحّة الشرط فإنّه يتوقف على القصد و ذكره فى العقد و المفروض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۷۰

....

عدم حصول الشرط كذلك ثم أورد على هذا الجواب بان توقف صحّة العقد على اللفظ و القصد لازمه الحكم ببطلان العقد مع عدم القصد كما هو مقتضى الإيراد فإن اللّفظ يحصل من الساهى و الغالط و المكره و لكن لا يصح عقدهم لعدم القصد.

و على ذلك فإنّما يحكم بصحّة البيع مع عدم ذكرهما الشرط فى متن العقد فيما لو قصد البيع المتاع من المشترى بحيث يكون ملكا له على وجه لا يكون للبائع إلزامه ببيعه منه ثانيا بل يكون هذا البيع باختيار المشترى و إرادته و إقدام البائع على بيع المتاع لوثوقه بالمشترى و انه لا يمتنع عن تمليك المتاع منه ثانيا بمحض اختياره و وعده.

و أورد المصنف (قده) على المسالك بأنّه لو فرض الحكم بفساد العقد فيما إذا شرطا بيع المتاع من بائعة ثانيا قبل العقد مع جهلهما بفساد الشرط المذكور قبل العقد لزم الحكم بفساد العقد مع علمهما بفساده أيضا فإن العلم بالفساد شرعا لا ينافى قصدهما ملك المتاع للمشترى بنحو يحقّ للبائع إلزامه ببيعه منه ثانيا بان لا يقصد ملك المتاع للمشترى بالملك المطلق كما ان العلم بفساد بيع لا ينافى قصد بيع المتاع من المشترى لا مجانا نظير ما إذا باع المكيل من المشترى بغير كيل و على الجملة كون تمليك المتاع من المشترى مقيّدا أو مطلقا أمر عرفى يحصل بالعقد من المتعاقدين و قصد المتعاقدين لا يتبع الفساد الشرعى.

أقول لو كان الوجه فى فساد البيع مع ذكر شرط بيع المتاع من بايعه ثانيا فى متن العقد عدم قصد المتعاقدين ملك المتاع بنحو الإطلاق فالظاهر عدم الفرق فى بطلان البيع بين ذكره فى متن العقد و بين ذكره سابقا و إيقاع العقد مبنيّا عليه لعدم الفرق بين عدم قصد الملك المطلق فى الصورتين و كذا لو قلنا بان فساد البيع المشروط فيه بيع المتاع من بايعه ثانيا للتّعبد فإنه أيضا يحكم ببطلان البيع فى الصورتين لان العقلاء لا يفرقون فى معاملاتهم بين ذكر الشرط فى متن العقد أو ذكره سابقا و إيقاع العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۷۱

[الکلام فی أحکام الخیار]

اشارهٔ

الخیار موروث بأنواعه (۱).

مبنیّا علیه ففی الصورتین مع الشرط المزبور لیس المشتری بحسب بنائهم ان یبیع أو یترک البیع من بایعه ثانیا کما انّه لیس للبائع ان یأخذ المبیع ثانیا أو ان یترکه و قد ذکر فی روایهٔ الحسین بن منذر و صحیحهٔ علی بن جعفر هذا الاختیار شرطا فی صحّهٔ البیع و لیس المراد خصوص الاختیار شرعا و الّا فالاختیار شرعا حاصل حتی مع ذکره فی العقد ایضا لبطلانه کما لا یخفی.

(۱) الخیار موروث بأنواعه بلا خلاف کما عن جماعهٔ و فی التذکرهٔ ان الخیار عندنا موروث بجمیع أنواعه لأنه من الحقوق کالشفعهٔ و القصاص و وافقنا فی الحکم الشافعی إلّا فی خیار المجلس و عن الغنیّهٔ الإجماع علی إرث خیار المجلس و الشرط و یستدل علی إرث الخیار مضافا الی الإجماع بأنّ الخیار حق للمیّت فیعمّه قوله سبحانه و لِلرِّجالِ نَصِیبٌ مِمّا تَرَکَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ وَ لِلنِّساءِ نَصِیبٌ مِمّا تَرَکَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ و بالنبوی المعروف ما ترک المیّت من حقّ لوارثه.

و ذکر المصنف (ره) ان الاستدلال علی هذا الحکم بالکتاب العزیز و الأخبار الواردهٔ فی إرث ترکه المیت یتوقف علی ثبوت أمرین الأوّل- کون الخیار حقا لا- حکما نظیر حق المالک ان یجیز البیع الجاری علی ماله فضولا و جواز أن یرجع الواهب فی هبته و جواز الفسخ فی العقود الجائزهٔ فإنّ الجواز فی هذه المورد حکم شرعی و الحکم الشرعی یتبع موضوعه و لا یدخل فی الإرث و کذا لا یحکم بالإرث فیما إذا تردد کون شیء حقا أو حکما فإنّ الأصل عدم ثبوته للوارث أو عدم انتقاله الی غیره و لیس فی البین ما یدل علی کون الخیار حقا ای قابلا للإسقاط فی مقابل الحکم غیر ما دل علی انتهاء الخیار بالتصرف فی المبیع الحیوان معلّلا بأنّ التصرف رضاء بقرار البیع و استفادهٔ کون الخیار فی جمیع موارده حقا قابلا- للإسقاط لا- یخلو عن اشکال و التمسک علی کونه مطلقا قابلا للإسقاط بالإجماع فیکون حقّا مستغنی منه بقیام الإجماع علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷۲

....

نفس إرث الخیار کما تقدم.

الثانی بعد کون الخیار حقا قابلا للإسقاط ثبوت کونه من الحقوق التی تقبل النقل لیثبت للوارث و یصدق انه مما ترکه المیّت بان لا یکون من له الحق مقوما للحق کما فی حق الجلوس للمسجد أو السوق فإنّه یثبت للجالس و لا ینتفل الی غیره و کذا حق التولیهٔ أو النظارهٔ فإنه یثبت لمن یجعله الواقف أو الحاکم متولّیا أو ناظرا و لا یثبت لوارثه الّا ان یجعل الواقف أو الحاکم وارثه ایضا متولیا أو ناظرا أو إثبات هذا الأمر فی الخیار بغیر الإجماع مشکل و التمسّک باستصحاب بقاء الحق بعد موت من له الحق غیر ممکن لعدم إحراز بقاء الموضوع و احتمال ان لا یکون عدم ثبوت الحق للوارث من عدم بقاء الحق بل من عدم ثبوته من الأول کما لا یخفی.

أقول قد تقدم فی البحث فی حقیقهٔ الخیار أنّه سلطنهٔ علی المعاملهٔ المنشأهٔ و یکون لمن له الخیار سلطنهٔ قرار العقد و إلغائه و هذه السلطنهٔ تأسیسیّهٔ کخیاری المجلس و الحیوان و إمضائیّهٔ کخیاری الشرط و الغبن و غیرهما و بما ان الخیار المشترط فی اعتبار المتعاقدین حقی و وقع الإمضاء الشرعی بما هو عند المتبایعین بحسب اعتبارهم فلا ینبغی التأمّل فی کون الخیارات الإمضائیّهٔ من الحقوق و کذا الخیار التأسیسی فإنّ قوله علیه السلام الخیار فی الحیوان ثلاثهٔ أیام و فی غیره الی ان یفترقا ظاهر عدم اختلاف الخیار فی المجلس و الثابت إلی ثلاثهٔ أیام و انه سنخ واحد و مع ملاحظهٔ ما دل علی کون الخیار فی الحیوان إلی ثلاثهٔ أیام بنحو الحق

کالحکم بسقوطه بالرّضا ببقاء العقد و الإغماض عن فسخه یکون خیار المجلس ایضا کذلک أضف الی ذلک انّ المتبادر من الخیار فی قوله البیّعان بالخیار انّه من سنخ ما یشترطه المتبایعان لأحدهما أو کلاهما و لذا عبر عن خیار الحیوان بالشرط فی الحیوان و کیف ما کان فالعمدهٔ فی المقام ما ذکر من اعتباره فی بناء أرباب المعاملات بنحو الحق و إمضاء الشارع ظاهره کجعله انّه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷۳

....

علی ما هو علیه عند أبناء المعاملات و الّا فالإجماع فی المقام مدرکی لا یصلح للاعتماد علیه و فی صحیحهٔ الحلبی فی الحیوان کله شرط ثلاثهٔ أیام للمشتری و هو بالخیار فیها ان شرط أو لم یشترط و فیها دلالهٔ واضحهٔ علی خیار الحیوان لا- یختلف عن الخیار المشروط إلی ثلاثهٔ أیّام فی سنخه.

و امّا بالإضافهٔ إلی الأمر الثانی و ان الالتزام بالإرث فی الخیار یحتاج إلی إثبات کونه قابلا للنقل فإن أرید بالنقل النقل الاختیاری فلا حاجهٔ الی إثباته فإن بعض الحقوق لا یقبل النقل الاختیاری کحق القصاص بل الشفعهٔ مع انّهما یورث و ان أرید النقل القهری فالنقل القهری ای الإرث بنفسه مورد الکلام فی المقام.

فالصحیح ان الالتزام بالإرث یتوقف علی اعتبار النبوی المعروف من قوله (ص) ما ترک المیت من حق فلو إرثه أو إثبات کون الخیار مما ترک لیعمه بعض آیات الإرث و ان لم یثبت اعتبار النبوی کما لا یخفی.

و الحاصل ثبوت الحق لشخص یکون بعنوان مقوم للحق عرفا کثبوت حق الحضانهٔ للأم و حق القسم للزوجهٔ و حق السبق الی المسجد و المشهد للجالس و مثل هذه الحقوق لا یدخل فی الإرث لانتهاء العنوان المقوم بانتهاء حیاهٔ الشخص و قد یکون العنوان غیر مقوم له و یقال من هذه الحقوق ما یکون الغرض منه جلب المال کثبوت حق التحجیر و حق الصید بنصب الشبکهٔ و الخیار من هذا القبیل.

و لکن إثبات هذه الضابطهٔ لا یخلو من صعوبهٔ فإنه لا فرق فی اعتبار أبناء المعاملات بین الخیار المشترط لأحد المتعاقدین أو لأجنبی مع ان الثانی لا یورث بلا کلام فلا یبعد ان یکون العمدهٔ فی مسألهٔ إرث الخیار هو الإجماع أو یدعی ان الخیار المجعول للأجنبی من قبیل ثبوت الحق لشخص بعنوان مقوّم بخلاف الثابت لأحد المتعاقدین تأسیسا أو إمضاء بمعنی انه یثبت الخیار لأحد المتعاقدین بعنوان یکون

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷۴

[بقی الکلام فی ان إرث الخیار لیس تابعا لإرث المال]

اشارهٔ

ان إرث الخیار لیس تابعا لإرث المال (۱).

ذلک العنوان دخیلا فی حدوث الخیار و لکن لا یکون حیاهٔ الشخص بقاء دخیلا فی بقاء ذلک الحق فینتقل الی الوارث بأدلهٔ الإرث و یکشف عن عدم کون الحیاهٔ لمن له الخیار مقوّما له مثل قوله علیه السلام عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال قال رسول اللّه (ص) البیعان بالخیار حتی یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثهٔ أیام فإن المراد من صاحب الحیوان مالکه المشتری و من الظاهر ان الحیاهٔ لا تکون مقوّما للملکیهٔ فی المال و الروایهٔ دالّهٔ علی انّ الخیار یثبت للمالک فیکون کأمواله ترکه له فیرثه من یرثه ماله.

(١) إرث الخيار لا يتبع إرث المال و إذا كان دين الميت مستغرقا لجميع تركته فلا إرث بالإضافة إلى المال و لكن لو كان العقد على بعض تركته متعلّقا للخيار للميّت فينتقل ذلك الخيار الى ورثته لأن إرث المال من بعد الدين فلو لم يكن المال من تركته زائدا على الدين فلا إرث بخلاف الحقوق للميت مما لا تقبل المعاوضة عليها لعدم كونها مالا فيدخل تلك الحقوق فى الإرث.

و بهذا يظهر ان الخيار للوارث من قبيل إرثه استقلالا لا تبعا لإرث المال حتى لا يكون الخيار موروثا فى فرض استغراق الدين للتركة نعم الموانع عن إرث المال مانع عن إرث الحق أيضا و لو لم يكن الحق مالا يبذل بإزائه المال كقتل الوارث مورّثه أو كفره أو كونه رقا فان ما ورد فى انه لا يرث القاتل أو الكافر أو الرّق يعم ما إذا كان الموروث مالا أو حقّا.

و فى صحيحة هشام ابن سالم عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله لا ميراث للقاتل و- صحيحة محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام) سمعته يقول لا- يرث اليهودى و النصرانى المسلمين و يرث المسلمون اليهود و النصارى و فى صحيحة محمد ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام لا يتوارث الحر و المملوك الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۷۵

[ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت]

ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت (١).

و اما إذا كان الوارث محروما عن إرث بعض المال فالأظهر عدم حرمانه من إرث الخيار المتعلّق بالعقد على ذلك المال و الوجه فى ذلك ان حرمان غير الولد الأكبر عن الحبوة أو حرمان الزّوجة غير ذات الوالد أو مطلقا من العقار تخصيص فى أدلة الإرث و قد تقدم ان التوارث فى الحقّ المتعلق بالعقد على المال لا- يتبع ذلك المال بل الحق بنفسه داخل فى خطابات الإرث بل لو قلنا بأنّ الخيار حق متعلّق بنفس المال لا- بالعقد على ذلك المال يكون الأمر أيضا كذلك فانّ الحق المتعلّق بالمال غير ذلك المال و ما دل على اختصاص الولد الأكبر بالحبوة أو حرمان الزوجة عن العقار مقتضاه انّ نفس الحبوة لا يكون ميراثا لغير الولد الأكبر و كذا الزوجة محرومة عن نفس العقار لا عن الحق المتعلق بها كما لا يخفى.

(١) ثم ان المصنف (ره) قد ذكر فى المسألة أقوالا أربعة الأول الإرث مطلقا:

الثانى عدم الإرث مطلقا و ثالثها التفصيل بان يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل الى الميت المال الذى يحرم الوارث عنه و لا يثبت ما إذا كان منتقلا عنه و بهذا صرّح فخر الدين فى الإيضاح و فسرّ به عبارة والده. و الرابع عكس ذلك بان يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل المال المزبور عن الميت و الاشكال فيما إذا انتقل اليه.

و قال لم أجد من جزم بالقول بعدم الإرث مطلقا و لكن يمكن توجيهه بان ما يحرم عنه الوارث لو كان منتقلا عن الميت كالحبوة فلا معنى لثبوت الخيار لسائر الورثة لعدم إمكان الفسخ منهم فانّ الفسخ عبارة عن إخراج ذى الخيار ما يملكه فعلا الى ملك الآخر بإرجاع ملك الآخر الى نفسه و من الظاهر ان ما يملكه سائر الورثة من ثمن بعض الحبوة لا يمكن لهم إخراجه عن ملكهم و إرجاع ما بإزائه من المثمن اى بعض الحبوة الى ملكهم و كذا لا يمكن ان يثبت الخيار لهم فيما إذا انتقلت الحبوة إلى ملك الميت.

فإن سائر الورثة لا يملكون شيئا من الحبوة ليخرجوها الى ملك الآخر و يملكون ما بإزائها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۷۶

[رابعها عدم الجواز فى تلك الصورة و الإشكال فى غيرها]

و حاصله انّ المیّت انما کان له الخیار (۱).

من الثمن. و الحاصل انّ الخیار حق لاسترداد ما انتقل من ماله بعد تسلطه علی ما وصل الیه و المفروض عدم تحقق ذلک بالإضافة إلی المحروم عن الحبوة.

و لکن قد یورد علی ذلک کما فی الإیضاح ان ثبوت الخیار لا یقتضی ما ذکر و لذا یصح جعل الخیار للأجنبی مع انّه لا یتمکن علی إرجاع المال الی نفسه أو إخراجه عن ملکه و بتعبیر آخر حقّ الخیار لیس تابعا لملکیّة المال فی الإرث و مقتضی ما دل علی اختصاص الحبوة بالولد الأکبر أو حرمان الزوجة عن العقار تخصیص الإرث بالإضافة إلی نفس المال لا بالإضافة إلی الخیار.

و أجاب (ره) عن النقض باشتراط الخیار للأجنبی بان الأجنبی منصوب من قبل أحد المتعاقدین و یکون فسخه کالفسخ من أحدهما و الخیار عبارة عن سلطنة ذی الخیار إلی إرجاع المال الی نفسه أو إلی من نصبه بعد تسلّطه علی إخراج ما هو ملکه أو ملک من نصبه فعلا و هذا لا یجری فی حق المحروم عن بعض المال فی المیراث فلا ینتقل الخیار الّا الی وارث یکون له السلطنة علی ما ذکر.

و دعوی انه لو انتقلت الی المیت ما یحرم عنه کان الثمن المدفوع الی الطرف الآخر متزلزلا فیکون فی معرض العود الی جمیع الورثة و منهم المحروم فیکون لجمیع الورثة حقا فی ذلک الثمن فیثبت لهم الخیار فی هذه الصورة یمکن دفعها بأنّ الخیار عبارة عن السلطنة علی الثمن المزبور بعد السلطنة علی ما وصل بإزائه فعلا إلیه الی من نصبه و الالتزام بثبوت الخیار للمحروم یستلزم سلطنة جمیع الورثة علی الحبوة و هذا من تسلّط الشخص علی مال الغیر کما ذکر فی جامع المقاصد.

(۱) یعنی حاصل ما ذکر فی وجه عدم إرثها من الخیار هو انّه یکون الخیار للمیّت حیث کان له علقة فیما انتقل عنه لتسلّطه علی ردّ ما بیده من الأرض الی صاحبه لیتملّک بإزاء تلک الأرض الثمن الّذی بید صاحبه و لا ینتقل الخیار عن المیت الّا الی ورثة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷۷

....

تکون کالمیت فی هذا التسلّط و من الظاهر انّه لا تکون الزوجة کذلک لعدم تسلّطه علی رد الأرض و ان یکون لها حصّة من الثمن علی تقدیر فسخ سائر الورثة المعاملة الجاریة علی الأرض و قد تقدم نظیر ذلک فی عکس هذه الصورة أی فیما انتقل الأرض عن المیت فإنّ الزوجة و ان تملّک حصّتها من الثمن الّا انه لا یمکن لها تملک ما بإزائها من الأرض برد تلک الحصة و قد تقدم فی خیار المجلس عدم ثبوته للوکیل لأن الوکیل لا یکون مسلطا علی ردّ ما وصل الی موکّله لیمکن له تملک ما بإزائه مما انتقل عن موکّله و هذا الکلام یجری فی حق الزّوجة أیضا فیما انتقل الأرض إلی المیت.

اللّهم الّا ان یقال بالفرق بین الوکیل فی خیار المجلس و بین الزّوجة فیما انتقلت الأرض إلی المیت و وجه الفرق ان تزلزل ملک صاحب الوکیل فی المعاملة کان متوقّفا علی تسلط الوکیل علی ردّ ما وصل الی موکّله و هذه السلطنة لم تکن ثابتة بخلاف ما نحن فیه فان ملک المشتری ثمن الأرض الّتی باعه من المیت متزلزل علی کل تقدیر سواء کان للزوجة خیار أم لا لثبوت الخیار لسائر الورثة فیکون للزوجة علقة فی ذلک الثمن بإرجاعه إلی ملک المیت لترث منه.

نعم فیما إذا انتقل الأرض عن المیت فلا یکون لها علقة فی الأرض المنتقلة إلی المیّت و لو لم تکن للزوجة خیار الفسخ فیما إذا انتقلت الأرض إلی المیت بدعوی انها لا تتمکن علی ردّ الأرض إلی بائعها لتملّک حصتها من الثمن لا یکون لسائر الورثة أیضا خیار الفسخ فإنهم لا یتملکون تمام الثمن بإزاء الأرض التی یردونها علی بائع الأرض اللهم الّا ان یقال لهم خیار الفسخ بالإضافة إلی حصصهم من الثمن و لازم ذلک تبعض المعاملة الجاریة علی الأرض فی الفسخ و لکن یأتی ان تبعض فی الفسخ مشکل و علی ذلک

فیقوی ثبوت الخیار فی شراء المیت الأرض للزوجة ایضا علی ما ذکر فی الإیضاح و فسرّ به عبارة والده.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷۸

....

قال فی القواعد الخیار موروث بالحصص کالمال من أیّ أنواع الخیار إلّا فی الزوجة غیر ذات الولد فی الأرض علی اشکال أقربه ذلک ان اشتری بخیار لترث من الثمن یعنی الأقرب کون الخیار موروثا للزوجة و نتیجة هذا الخیار ان ترث من ثمنها و قال فی الإیضاح فی توضیح الاشکال ان الزوجة لا ترث من الأرض فلا ترث من خیار المتعلق بالأرض و وجه ثبوته لها انّ الخیار لا یتوقف علی ملک المال کثبوت الخیار للأجنبی و لکن عن المصنف الوالد انه لو کان المورّث أی المیت قد اشتری حال حیوته الأرض بخیار فالأقرب إرثها من- الخیار لأن للزّوجة حقا فی الثمن و یحتمل ان لا یثبت لها الخیار لأنها لا ترث من الثمن الّا بعد فسخ المعاملة فملکها للثمن یتوقف علی الفسخ و لو علّل الفسخ بملکها للثمن لدار و مع ذلک الأصح اختیار المصنف لانّ شراء الأرض یستلزم منعها عن جزء الثمن الّذی انتقل إلی بائع الأرض و الثمن المزبور منزل منزلة ترکة المیت باعتبار الخیار.

و لکن ذکر فی جامع المقاصد فی قوله الأقرب ذلک أی الأقرب من ثبوت الاشکال عدم إرثها فیما إذا اشتری المیت الأرض و أراد الزوجة من خیارها ان ترث من الثمن و اما إذا باع المیت الأرض فالإشکال فی ثبوت الخیار لها بحاله لأنّها لو فسخت المعاملة لم ترث شیئا من الأرض التی ترجع الی ملک المیت.

أقول قد تقدم ان الخیار حق یتعلّق بالعقد لا بالعوض فی المعاملة و لذا یجوز لمن انتقل الیه العوض فی المعاملة التصرف فیه الّا مع اشتراط إبقائه فی تلک المعاملة أو غیرها و عود المالین الی ما کانا علیه من حین الفسخ لا یکون بالفسخ فإنّ شأن الفسخ انتفاء العقد الناقل لا العود بل عودهما یکون بالسبب الذی کان قبل العقد الملغی فلا یکون حرمان الورثة عن المال العائد إلی ملک المیت موجبا لعدم ثبوت الخیار لهم فضلا عن حرمان بعضهم و تشریع الخیار فی المعاملات للتروی فی صلاح عود المال

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷۹

یحتاج إلی زیادة تقدیر (۱).

[کیفیة استحقاق کل منهم خیارا مستقلا]

[الأول ما اختاره بعضهم]

الأول ما اختاره بعضهم (۲).

علی تقدیره حکمة لا علّة لتدور مدار عود المال فلا حظ ثبوته مع تلف المال کما لا یخفی.

(۱) یعنی إذا کان ذلک فی کلام العلّامة (أقربه ذلک) إشارة الی عدم الإرث یحتاج قوله لترث من الثمن الی تقدیر أقول یمکن ان یکون لترث غایة للمنفی فلا یحتاج الی التقدیر سواء کان ذلک إشارة إلی الإرث أو عدمه.

(۲) قیل فی کیفیّة إرث الورثة الخیار وجوه أربعة الأوّل- ان یثبت الخیار لکل من افراد الورثة مستقلا بالإضافة إلی العقد الجاری علی تمام المال بحیث لو فسخ أحدهم و لو بعد اجازة الآخرین ینفسخ العقد فی تمام المال نظیر ما فی حق القذف الثابت للمتعدد کالأخوین فیما إذا عفی أحدهما القاذف لامّها یثبت للآخر منهما حق القذف و مثل ذلک ما علیه المشهور فی حق الشفعة من انه إذا

كان للمورث حق الشفعة فلكلّ من ورثته الأخذ بذلك الحق فى تمام الحصّة المبيعة بدعوى انّ مقتضى النبوى المتقدم من انّ ما ترك الميت من حق فلوارثه ثبوت الخيار لكل من الورثة فإنّ الخيار يقبل التعدد بخلاف المال فانّ المال الواحد لا يعقل كونه مملو كالكل واحد واحد من الورثة مستقلا فلا بد من الالتزام فيه بالإشاعة.

و أورد المصنف على هذا الوجه بأنه لا دلالة للنبوى على إرث الخيار لكل واحد من الورثة استقلالا لأن المراد بالوارث الجنس الصادق على الواحد و الكثير و قيام الخيار بجنس الوارث بتصور بوجوه أربعة و ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فالأمر فيه ايضا كذلك فانّ المراد امّا جنس الجمع أو جنس المفرد أو الاستغراق الأفرادى أو الاستغراق المجموعى و لكن الظاهر هو الثانى أى جنس الفرد فيكون مساويا لما تقدم من صيغة المفرد مع ان الاستغراق الأفرادى لا يمكن فى إرث الخيار للقرينة العقلية و اللفظيّة فالقرينة العقليّة هو عدم إمكان الخيار الواحد الذى كان للميّت لكل من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۰

....

الورثة على سبيل الاستغراق مع ان المراد من العموم بالإضافة إلى المال المجموعى و لو كان بالإضافة إلى الحق الأفرادى لزم الاستعمال فى المعنيين و هذه هى القرينة اللفظيّة و لو ثبت الخيار فى المقام لكل من الورثة فتكون الورثة كالوكلاء المتعددين فى انّ أيّهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نقد تصرف السابق و لا يتقدّم الفسخ و لو مع تأخّره عن اجازة الأخرين كما ذكر القائل المزبور.

أقول إرادة الاستغراق المجموعى أو الأفرادى من كيفيّة تعلق الحكم أو الحقّ فإن كان الحق المتعلّق للمتعدد انحلاليا يكون الاستغراق افراديّا و ان كان غير انحلال بل واحدا يكون بنحو الاستغراق المجموعى و إذا كان الحق الذى تركه الميت واحدا فتعلقه بالمتعدد يكون بنحو العام المجموعى لا محالة و على ذلك فلا بد من الالتزام فى المقام بثبوت خيار واحد لمجموع الورثة فلا ينفذ الفسخ من بعضهم بدون اتفاق الآخرين و رضاهم و الأمر فى إرث حق الشفعة أيضا ذلك و اما حق القذف فليس لدليل الإرث بل ثبوت حق القذف لمثل أحد الأخوين مع عفو الآخر أو عدم مطالبته مورد النص كثبوت حق القصاص لكل من أولياء المقتول.

و يظهر مما ذكرنا انّه لا وجه لثبوت الخيار لكل واحد من الورثة بالإضافة إلى حصّة من المال و وجه الظهور انّ الخيار حق متعلق بالعقد على المال لا بنفس المال و انّ الخيار المنتقل إلى الورثة ميراث من ميتهم و من الظاهر انّ الخيار الثابت للميّت لم يكن انحلاليّا بالإضافة الى الأجزاء المشاعة للمال و هذا بخلاف إرث المال كما لا يخفى كما ظهر انّه لا وجه لثبوت الخيار لطبيعى الوارث بمعنى ان أيهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ التصرّف من السابق و وجه الظهور ان مع تعدد الوارث كما هو الفرض لا يفترق إرث المال عن إرث الحق و كما انّ المال يكون ملكا لمجموعهم كذلك الحق فانصراف الحق إلى كونه ملكا لطبيعى الوارث لا لأفراده تفكيك مخالف ظاهر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۱

[الثالث استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه]

و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل (۱).

ثم انه ربما يحمل ما فى القواعد (۲).

طبقات الإرث فإن ظاهر ما دل على الطبقات ان كلّ افراد طبقة يشترك فى الميراث مالا كان أو حقّا لا انّ الحق يكون ملكا للطبيعى

الوارث نظیر ملکیّة الزکاة و نحوها لعنوان الفقراء أو عنوان الحکومة فیصیر کل من الأفراد المنطبق علیهم عنوان الحکومة ولیا فی التصرف من ذلک المال.

(۱) قد تقدم عدم الفرق بین إرث الخیار و إرث حق الشفعة و کما انّه لا ینفذ الفسخ من أحد الورثة من غیر اتفاق الآخرین کذلک الأمر فی الأخذ بالشفعة و اما ما ذکر المصنف (ره) من ان ثبوت حق الشفعة للوارث الواحد مع عدم أخذ باقی الوارثة بها لکون الشرکة الحاصلة بین مشتری الحصّته المبیعة و الوارثة ضرریّة لکل واحد من الورثة ففیه ما لا یخفی فانّ الضرر قد حصلت ببیع الحصّة و لو جرت قاعدة نفی الضرر کان مقتضاها بطلان ذلک البیع مع انّ بطلانه أیضا ضرری علی شریک المیت البائع و الحاصل انّ ثبوت حق الشفعة لکل من الورثة مع امتناع الآخرین عن الأخذ بالشفعة الموروثة حق آخر غیر موروث و یتدارک به الضرر و قد ذکرنا مرارا ان قاعدة نفی الضرر لا یثبت حکما أو حقّا یتدارک به الضرر و اللّه سبحانه هو العالم.

(۲) ظاهر القواعد عدم نفوذ فسخ بعض الورثة مع عدم اتفاق الآخرین و لکن قد یقال ان المراد عدم نفوذ فسخ بعض الورثة فی سهمه من المال لا عدم نفوذ فسخه فی الجمیع و علی ذلک فلو فسخ بعضهم العقد فی جمیع المال و أجاز الآخرون قدّم الفسخ.

و ینسب ذلک الی کل من منع عن تفریق الورثة و فی الحدائق ان تصریح الأصحاب بتقدیم الفسخ فی الکل علی اجازة المجیز و لکن نسب فی الریاض هذا التقدیم الی قیل و ناقش فیه بقوله و فی تقدیم الفسخ علی الإجازة إشکال.

ثم ان ظاهر المصنف و غیره ان اجازة بعض الورثة یوجب عدم نفوذ الفسخ من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۸۲

[فرع إذا اجتمع الورثة کلّهم]

فرع إذا اجتمع الورثة کلّهم (۱).

الآخرین حتی فیما توافق الکل علی ذلک الفسخ فیما بعد بمعنی انّ اجازة أحدهم یوجب سقوط الخیار و انتفائه حیث ذکر فی ذیل حکایة کلام القواعد فی خیار العیب (من أنه فلا إشکال فی وجوب توافقهما) و المراد بوجوب التوافق الوجوب الشرطی و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ریب ان عدم نفوذ التخالف لیس معناه عدم نفوذ اجازة أحدهما مع فسخ الآخر بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون أجازته الفسخ المزبور.

و لکن یمکن ان یقال مقتضی کون الخیار حقا للجمیع ان یکون سقوطه أیضا بإسقاط الجمیع لا بإسقاط واحد منهم و لو مع عدم رضا الآخرین کما هو الفرض.

(۱) ذکر (قده) فی هذا الفرع أمورا: الأول انه إذا اجتمع الورثة کلّهم علی فسخ العقد الجاری علی العین المنتقلة عن ملک المیت فان کان الثمن بعینه باقیا فللمشتری استرداده و ان لم یکن باقیا بصیر ذلک الثمن التالف دینا من دیون المیت فیخرج من ترکته.

الثانی انه لا یمنع الورثة عن فسخ العقد و لو کان علی المیت دین مستغرق لترکته لأن الورثة و ان یکونوا محجورین بالإضافة إلی إرث المال الّا ان لهم حق الخیار الذی ترکه میتهم و علی ذلک فیجوز فی الفرض للورثة فسخ العقد الجاری علی العین المنتقلة عن میتهم أو الی میتهم و هل یجوز لهم الفسخ و ان لم یکن صلاحا للدیّان کما إذا کان الثمن بعینه باقیا علی ملک المیت و کان قسمته للغرماء أصلح من قسمته العین المفروضة مثمنا لذلک الثمن.

و علی تقدیر جواز الفسخ مطلقا أو فیما کان صلاحا للغرماء فلا یجبر الورثة علی الفسخ لان الفسخ حق لهم لا علیهم و لا یجبر ذو الحق علی الانتفاع بحقّه.

الثالث: لو لم يكن للميت تركة و فرض تلف الثمن الذى أخذ مورّثهم من مشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۳

....

العين فقد تقدم ان للورثة فسخ العقد فهل مع فسخه يكون الثمن على الورثة على حسب سهامهم من العين أو يصير الثمن دنيا على الميت فيلزم وفائه من العين المرجوعة الى ملك الميّت فان كان فسخ الورثة من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبى المشروط له الخيار فيرجع العين الى ملك الميّت فيوفى بها دينه بل لو كان للميت غرماء ضرب المشترى مع الغرماء فى الثمن المزبور.

و الحاصل مقتضى خروج الثمن المعين عن ملك المورث و ثبوت الثمن أى كلّيه بذمته ان لا يكون ما يدفعه الوارث عوضا عن المبيع بل يكون وفاء لدين الميت لتلف عين الثمن.

نعم إذا كان الفسخ تملكا جديدا من الورثة بالإضافة إلى العين و بإزاء ما يدفعون نظير أخذهم بحقّ الشفعة الموروثة حيث يتملكون الحصة فى الأخذ بالشفعة بإزاء الثمن الذى يدفعون من مالهم يلزم عليهم فى الفسخ ايضا الثمن على حسب سهامهم الرابع انه لو قيل بان لكل واحد من افراد الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ففى فرض فسخ بعضهم و امتناع الآخرين يرجع العين الى ملك جميعهم أو الى ملك الفاسخ فقط فيكون الثمن عليه فهذا ايضا مبنى على ان فسخه من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبى المشروط له الخيار أو أنه كالميت يتملّك العين بإزاء ما يدفعه إلى المشترى.

ثم قال (ره) ان الفسخ فى الفرضين يعنى المفروض فى الأمر الثالث و المفروض فى الأمر الرابع كوقوع الفسخ من المورث فى كونه تملكا للعين بإزاء ما يدفعه الفاسخ من مال نفسه على الأظهر و استشهد لذلك بالخيار الثابت للورثة فيما إذا باع مورثهم العين ببيع الخيار فإنه لا ينبغى التأمل فى جريان السيرة على دفع الورثة مثل الثمن من ما لهم و يستردون العين لأنفسهم من غير ان يلزموا بأداء دين الميت من تلك العين فيما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۴

....

إذا اخرجوا ديون الغرماء بحسب تركة الميت قبل الفسخ.

أقول: يرد عليه قده ان ما اختاره فى الفرضين ينافى ما ذكره فى الأمر الأول من انه على تقدير عدم التركة للميت و وقوع الفسخ بعد تلف عين الثمن يكون دينا على الميت فيخرج من تركته فان مع كون الفسخ من الورثة تملكا لأنفسهم لا وجه لكون الثمن دينا على الميت هذا أولا و ثانيا قد تقدم، ان الفسخ يتعلق بالعقد و معنى فسخ العقد إلغائه و اما عود ملكيته المبيع و الثمن يكون بالسبب الذى كان قبل العقد و لا يكون الفسخ إنشاء تملك جديد أصلا و عليه فلا بد من عود المبيع الى ملك المورث على جميع التقادير و عود الثمن الذى أخذه مورثهم الى ملك المشترى ثانيا سواء كان ذلك الثمن باقيا أو تالفا غاية الأمر لازم، ملكية التالف المضمون ردّ المثل أو القيمة.

و الحاصل يكون الثمن التالف دنيا على الميت فيوفى من العين المرجوعة الى ملك الميت و يجوز للورثة أدائه من مال أنفسهم فتدخل العين فى موضوع الإرث كما هو الحال فيما إذا كان للميت تركة بمقدار ديونه فان مع أداء الوارث الدين من مالهم تدخل التركة فى موضوع الإرث و اما قياس الخيار بأخذ الوارث بحق الشفعة فى دفع الورثة الثمن من أموالهم فى الأخذ بحق الشفعة غير صحيح فإن الأخذ بحق الشفعة لا يوجب انحلال العقد الجارى على الحصة كى تعود الحصة إلى ملك الميت بل الأخذ بحق الشفعة تملك للحصة بإزاء دفع مثل الثمن الى مشتريها كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر الحال فى الفسخ ببيع الخيار فان دفع الوارث مثل

الثمن إلى مشترى العين فسخ للبيع و مبادلة أخرى بين المدفوع و بين الثمن التالف أو الباقى على ما ذكر فى محله. و الحاصل يلزم لما ذكر قده ان لا يكون تملك الوارث للعين المنتقلة عن الميت من قبيل الميراث فلا وجه لتقسيط تلك العين بالحصص و لو مع اتفاقهم على الفسخ فتدبر جيدا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۵

[مسألة لو كان الخيار لأجنبى فمات]

لو كان الخيار لأجنبى فمات (۱).

[مسألة من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]

من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف (۲).

---

(۱) ذكر قده أنه لو شرط الخيار لأجنبى فمات الأجنبى ففى انتقال الخيار لوارثه فإنه مقتضى ما دلّ على ان ما ترك الميت من حقّ لوارثه أو أنه ينتقل للمشروط له فان ثبوت الخيار للأجنبى حقّ له أو أنه ينتهى بموت الأجنبى فلا يثبت للمشروط له و لا لورثته وجوه أقواها انتهائه بموته لان الظاهر من جعل الخيار للأجنبى كون حياته مقوّما لحق الخيار.

أقول كون حياة الأجنبى مقوّما لحق الخيار باشتراط المتعاقدين و لو ارتكازا مقتضاه انتهاء الخيار عند موته و هذا الشرط الارتكازى لا يكون مخالفا للكتاب و السنة الدالتين على الإرث و ذلك فان الموضوع للإرث ما ترك الميت و مع شرط سقوط الخيار و نحوه لا يكون حق الخيار المزبور مما ترك لينتقل الى وارثه بل يمكن دعوى ان خيار المجلس و نحوه إذا ثبت للوكيل كما إذا لم يكن وكيلا فى مجردا اجراء العقد لا ينتقل الى ورثته لان الخيار كان من أثر الوكالة المنتهية بموته.

(۲) ذكر قده حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول و لعل هذا متسالم عليه بينهم فى بابى الإجازة و الفسخ و حيث ذكروا فى وجه حصول الإجازة بالفعل ظهوره فيها فيكون الأمر فى الفسخ بالفعل كذلك و قد استظهر اعتبار الدلالة على الرضا و الإغماض عن الخيار من صحيحة على بن رئاب عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشترى اشترط أم لم يشترطا فإن أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له ما الحدث قال ان لامس أو قبّل أو نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء فان ظاهر تعليله عليه السلام سقوط الخيار بالحدث دلالته على الرضا.

و كذلك النبوى الوارد فى خيار الحيوان ايضا و فيه قال رسول اللّه (ص) فى رجل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۶

....

اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد فى الشرط قال يستخلف باللّه ما رضيه ثم هو برىء من الضمان فان ظاهره ايضا اعتبار الرضا فى سقوط الخيار و استحلاف المشترى يحمل على سماع دعوى البائع عليه بأنه لعل أغمض عن خياره فيكون الدعوى بنحو التهمة أو يحمل على دعوى ان المشترى كان قد أغمض عن خياره قبل التلف.

و لو فرض ظهور صحيحة على بن رئاب فى سقوط الخيار بكل فعل لا يجوز ذلك الفعل لغير المالك و ان لم يكن له ظهور فى إغماض الفاعل عن حقّ خياره و ان هذا السقوط تعبد يبقى اعتبار الظهور فى ناحية كون الفعل فسخا بحاله الّا ان يدعى الإجماع على

عدم الفصل بين الإجازة و الفسخ و هذا الإجماع أى عدم الفصل و ان لم يكن بعيدا الّا انه يستفاد من أكثرهم اعتبار الدلالة على الرضا فى سقوط الخيار بالفعل بل كلماتهم فى المقام يعنى حصول الفسخ بالفعل ايضا كذلك.

قال العلامة فى التذكرة ان عرض ذو الخيار ما باعه للبيع ثانيا أو اذنه أو توكيله الآخر فى بيعه أو جعل المبيع المزبور رهنا لم يتم لعدم القبض و كذلك هبته مع عدم القبض فسخ كما أنها من المشترى الذى له الخيار اجازة لدلالتها فيما إذا صدرت عن البائع الذى له الخيار على طلب المبيع و الإغماض عن الثمن و فيما إذا صدرت عن المشترى الذى له الخيار على استيفاء المبيع و الإغماض عن خياره.

أقول قد تقدم حصول الإنشاء بالفعل كحصوله بالقول و يعتبر فى الإنشاء الدلالة كان بالقول أو بالفعل و ظاهر صحيحة على بن رثاب بل و غيرها اعتبار إسقاط الخيار فى سقوطه و لا ينافى ذلك كون النظر إلى الأمة المشتراة أو لمسها أو تقبيلها مسقطا تعبّديا كما لا يبعد كون مطلق احداث الحدث فى الحيوان كذلك بان يسقط الخيار به و ان كان مع الغفلة عن الخيار أو مع اعتقاد انه يجوز لغير المالك ايضا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۷

....

و كيف ما كان فلا يستفاد من الروايات الواردة فى خيار الحيوان سقوطه بكل فعل لا يجوز لغير مالك الأمة مع عدم عدّه حدثا بل السقوط مع عدم عدّه حدثا ينحصر بما إذا كان بقصد الإغماض عن حق خياره كما ان عدّه فسخا فيما إذا كان بقصده.

ثم قال ره ان بعض التصرف من ذى الخيار فيما انتقل اليه مما يحرم على غير المالك و ان يستشكل فى دلالته على ارادة العقد و الإغماض عن الخيار الّا ان الأمر فى تصرف ذى الخيار بتلك التصرفات فيما انتقل عنه خالية عن الإشكال فى دلالتها على الفسخ لان المتصرف فيما انتقل عنه يكون غير مالك قبل التصرف فيكشف تصرّفه عن إرادته الفسخ كما هو مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح أى الحلال وضعا أو تكليفا كركوبه الدابة التى باعها من غيره بخيار و كذلك إذا كانت تصرفاته فيما انتقل عنه غير جائزة وضعا مع عدم قصده الفسخ كهبته المال الذى باعه من آخر قبل ذلك بخيار أو بيعه من آخر بعد البيع المزبور أو إجارته المبيع أو تزويجه الأمة التى باعها قبل تزويجها بخيار ففى جميع ذلك يكون مقتضى حمل تصرفه الثانى على النافذ إرادته فسخ المعاملة التى كان له فيها الخيار.

لا يقال حمل فعل المسلم على الحلال فى الفرض الأوّل لا يثبت إرادته فسخ المعاملة الجارحيّة على الدابة قبل ذلك كما ان الحمل على الصحة فى التصرفات المعاملية فيما انتقل عنه و أصالة عدم الفضولية فيها لا تثبت إرادته الفسخ على ما هو المقرر فى محلّه من عدم الاعتبار بمثبتات الأصول و لو صلى و بعد صلاته شك فى صحتها لطهارته حال الصلاة يحكم بصحة صلاته و لكن عليه الوضوء للصلوات الآتية لأن أصالة الصحة فى الصلاة لا تثبت الوضوء و لو طلق زوجته بحضور شخصين و شك الآخر فى صحته طلاقه لعدالتهما يحكم بصحته و لكن أصالة الصحة لا تثبت عدالتهما بان يجوز للشاك الاقتداء بهما فى الصلاة أو طلاق زوجته عندهما الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۸

....

فإنه يقال كل من أصالة الصحة بمعنى حمل فعل المسلم على الصحة يعنى الحلال و حمل تصرفه على النافذ من قبيل الامارة فتثبت بها ارادة المتصرف فسخ المعاملة التى كان له حق الخيار فيها فإن الأوّل من ظهور فعل المسلم فى الحلال و الثانى من ظهور تصرف

المتصرف فی كونه استقلاليا و عن نفسه لا عن الغير وكالة أو فضولا.

بل لو كان أصالة عدم قصد الفضولية أصلا عمليّا تكون حاكمة على أصالة عدم فسخ العقد لان احتمال عدم قصد الفسخ ناش عن احتمال قصد الفضولية و لكن الإنصاف عدم ترتب فسخ العقد على عدم قصد الفضولية فی التصرف بل فسخه مترتب على قصده فقصده مع قصد التصرف فضولا من المتضادين و نفی أحد الضدين لا يثبت الضّد الآخر فيكون أصالة عدم قصد الفضولية معارضة بأصالة عدم ارادة الفسخ و عدم الفسخ.

أقول لا ينبغی التأمل فی أمرين: الأوّل حيث ان الفسخ و الإجازة من قبيل الإنشاءات فيحتاج كل منهما زائدا على قصدهما الى ابرازهما بمبرز و إذا كان الفعل كالقول فی ظهوره و لو بقرينة المقام فی- إرادة الفسخ أو الإجازة كفی فی تحققهما.

الثانی: انه إذا صدر الفعل الظاهر و لو بحسب المقام فی إرادة الفسخ أو الإمضاء عن ذی الخيار يعتبر هذا الظهور و يستكشف به ارادة الفاعل كما يؤخذ بظهور القول و حيث ان التصرف المعاملی من شخص ظاهر فی كونه بالأصالة لا عن الغير وكالة أو فضولا يكون تصرف ذی الخيار فيما انتقل عنه بإجارته العين التی باعها من آخر بخيار أو هبتها و بيعها من آخر ثانيا ظاهرا فی كونه بالأصالة و- يكشف عن إرادته الفسخ و هذا الظهور لا يدخل فی الأصل العملی ليستشكل فی اعتباره بالإضافة إلی إرادة الفسخ كما لا يخفی.

و اما إذا لم يكن للفعل ظهور فی إرادة الفسخ أو الإمضاء و انما يحرم ذلك- الفعل

إرشاد الطالب إلی التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۸۹

....

لغير المالك تكليفا كركوب الدابة التی باعها فان دل نص أو تمّ إجماع على ان الفعل المزبور إجازة أو فسخ حتی فيما إذا لم يكن الفاعل مريدا لهما فيؤخذ به كما قام الدليل على ذلك فی الحدث من المشتری أو تقبيل الجارية المشتراة أو لمسها أو النظر الى مواضع التحريم لغير مالكها و كما فی المطلقة الرجعية حيث دل النص على ان مثل تقبيل المطلقة رجوع فی الطلاق.

و ان لم يقم على ذلك نصّ و لم يتم إجماع فيقع الكلام فی الفعل المزبور فی جهتين:

الاولى: هل يكون ذلك الفعل مع ارادة الفاعل الفسخ أو الإمضاء فسخا أو اجازة مع عدم ظهور الفعل فی إرادتهما كما هو الفرض.

الثانية، على تقدير تحقق الفسخ أو الإجازة به هل يكون صدوره عن ذی الخيار يعتبر فی الفسخ و الإجازة و فی كشف إرادته الفسخ و الإجازة.

اما الاولى فلا- يبعد الالتزام بتحقق الإنشاء بالفعل المزبور فی الإيقاعات التی لا يعتبر فيها إلا الإتيان بالمبرز و لو بالإضافة إلی نفس الموقع كالإبراء و الاسقاط بخلاف ما يعتبر فيه الإبراز للغير كما فی العقود حيث يعتبر فيها الإبراز بالإضافة إلی القابل ايضا.

و اما الثانية فلا- يعتبر لعدم الظهور فی الفعل كما هو الفرض الا مع قيام دليل فی مورد كما ذكرنا فإن أصالة- الصحة بمعنی عدم صدور القبيح عن الفاعل لا تثبت شيئا و أصالة الصحة بمعنی وقوع الفعل التام فجريانها فی مورد يتوقف- على إحراز أن الفاعل قد قصد تحقيق الفعل و شك فی الإتيان به تاما أو ناقصا بعد إحراز أصل الإتيان به كما لو شك فی ان المصلی على الميت اتی بالصلاة تاما أو فاسدا و اما إذا شك فی أصل تحقق الصلاة من الغير فالأصل عدمها و على ذلك فلو شك فی ان بايع الدابة بخيار هل فسخه بركوبها فالأصل عدم إرادته الفسخ كما لا يخفی.

إرشاد الطالب إلی التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۹۰

[مسألة و هل الفسخ يحصل بنفس التصرف]

اشارة

و هل الفسخ يحصل بنفس التصرف (۱).

---

(۱) يقع الكلام في ان عند تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بتصرف موقوف على الملك هل يحصل الفسخ و عود الملك الى المتصرف بنفس ذلك التصرف سواء كان اعتباريّا كهبة ما باعه بخيار أو تصرفا خارجيا كوطي الأمة التي باعها بخيار أو- يحصل الانفساخ سابقا على التصرف بحيث يكون زمان عود الملك الى المتصرف متصلا بزمان تصرفه.

و بتعبير آخر هل يكون التصرف موجبا للفسخ أو يكون كاشفا عن سبق الانفساخ. و ذكر قده في وجه كون التصرف موجبا أمرين الأول: ان الفسخ الفعلي قسيم للفسخ القولي و كما ان الانفساخ يحصل بالفسخ القولي فلا بد من ان يكون التصرف- الفعلي فسخا يحصل به الانفساخ.

الثاني: اتفاق كلماتهم على ان الفسخ كالإجازة من قسم الإنشاء و لا يحصل الإنشاء بالنية فقط بل يعتبر فيه القول أو الفعل.

و ذكر أيضا في كون التصرف كاشفا عن الانفساخ و سبق عود الملك الى المتصرف أمرين الأول: ما تقدم عن التذكرة و غيره في وجه كون التصرف فسخا هو حمل فعل المسلم على الصحة و انما يفيد الحمل على الصحة في كون الفعل حلالا ان يكشف عن سبق الملك على التصرف و الا كان الفعل في أول وقوعه حراما.

الثاني: انه يستفاد من روايات خيار الحيوان ان رضا المشتري بشراء الحيوان بقاء يوجب سقوط خياره فمقتضى المقابلة بين الفسخ و الإجازة ان يحصل الفسخ أيضا بكراهة ذي الخيار فيما إذا كشف الفعل الرضا أو الكراهة.

و يؤيد كون الرضا موجبا لسقوط الخيار ما ذكروا من انه لا تحصل الإجازة فيما إذا اطلع بايع الأمة بخيار على وطي المشتري و سكت معللين ذلك بان السكوت لا يكشف عن الرضا فان مقتضى التعليل ان يكون مسقط الخيار هو الرضا و صرح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۹۱

و قد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة (۱).

الشيخ ره بأنه لو علم رضا البائع بوطي المشتري سقط خياره.

و الحاصل انه يستفاد من كلماتهم ان الموجب لسقوط الخيار و انفساخ العقد رضا ذي الخيار بالعقد أو كراهته و لكن مع تقارنهما بما يدل عليهما و ما تقدم من الاتفاق على عدم حصول الإجازة و الفسخ بالرضا و الكراهة فمقتضاه عدم حصولهما بمجرد الرضا أو الكراهة و اما عدم حصولهما فيما إذا تقارنا بالفعل الكاشف فلا قائل بخلافه بل لا يكون في الفعل إنشاء فإنه ليس شأن الفعل غير الكشف و الظهور و لكن أورد على هذا الوجه بان لازمه ان لا يحصل الفسخ بالقول ايضا بنحو الإنشاء فإن القول ايضا كالفعل مسبوق بالرضا بالعقد أو كراهته فيحصل الإجازة أو الفسخ بهما لا بالقول.

(۱) و حاصله ان الالتزام بأن وطي الأمة المبيعة بخيار يتضمن الفسخ اما بالالتزام بحصول (الفسخ مع الوطي) أو قبله فيكون الوطي على الثاني حلالا.

ثم ان ظاهر التحرير حصول الفسخ بنفس الفعل و عليه فلا- يكون فسخ قبل الوطي فيكون الفعل في أوله حراما و هذا ظاهر كل من حكم ببطلان عقد الواهب فيما إذ رجع عن هبته بذلك العقد فان العقد المزبور في أوله لا يقع في ملك و لا فرق في هذا الحكم بين الرجوع في الهبة و الفسخ بالخيار فلا يكون تصرف ذي الخيار صحيحا مع فسخه البيع السابق بذلك التصرف و لكن الشهيد في الدروس مع توقفه عن الحكم في الرجوع و الخيار حكم بصحة رهن ذي الخيار.

و على كل حال يترتّب على القولين الحكم بصحة التصرفات لحصول الانفساخ بالقصد المقارن للتصرف و الحكم ببطلانها لحصول

الانفساخ بالتصرف و لو بأوّل جزء منه.

و قد یذکر للمنع عن صحة ذلک التصرف کما عن بعض العامة بأن الشیء الواحد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹۲

ان قلنا بان المستفاد من أدلة توقف البیع (۱).

لا یحصل به شیئان نظیر التکبیرة ثانیة بقصد الإحرام حیث یخرج بها عن الصلاة فلا یمکن الدخول بها فی الصلاة.

و ایضا ان صحة التصرف مع حصول الفسخ به دوری حیث ان بیع المتاع من آخر ثانیا یتوقف علی کون بایعه مالکا فیکون البیع الثانی موقوفا علی ملک المتاع الموقوف علی الفسخ و المفروض ان الفسخ ایضا موقوف علی البیع المزبور.

و أجاب فی التذکرة عن الأول بأنه لا یمتنع حصول شیئین بشیء واحد و أجاب الشهید ره عن الثانی بأن الدور معی و لعله لحصول الفسخ و البیع بإنشاء العاقد فیکون اتصاف التصرف بکونه فسخا و بکونه بیعا فی زمان واحد و بإنشاء العاقد.

و أجاب فی الإیضاح عن الدور بان الفسخ یحصل بأول جزء من التصرف و قال فی باب الهبة بعد هذا فیبقی المحل قابلا لمجموع العقد ای یقع العقد مع تمامه فی الملک و أجیب عن الدور أیضا بأن بیع مال الغیر مع تملک البائع ذلک المال عند تمام البیع کاف فی صحته.

(۱) و حاصله انه علی تقدیر حصول الفسخ بالفعل سواء کان خارجیا أو اعتباریا فان کان الشرط فی صحته التصرف العقدی أو الإیقاعی وقوعهما بتمامها فی ملک المتصرف فاللازم الحکم بحصول الفسخ بذلک التصرف مع الحکم ببطلان نفس التصرف لان المعتبر فی وقوعه صحیحا وقوعه بتمام اجزائه فی ملک الفاعل و المفروض عدم حصول هذا الشرط لان بعض العقد مما یتحقق به الفسخ یکون سابقا علی عود الملک لا محالة فکل جزء من العقد یفرض أنه الجزء الأخیر من الفسخ فلا یکون عود الملک الی المتصرف قبل ذلک و الّا لزم تقدم المسبب علی سببه.

لا یقال نفرض عود الملک مع جزء لا یقبل ذلک الجزء التجزّی بحیث لا یکون قبله جزء لیقال أنه یحصل فی غیر الملک فإنه یقال الجزء الذی لا یتجزّی غیر موجود فکل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹۳

....

جزء یفرض من العقد یکون قبله جزء ایضا وقع فی غیر الملک بل لو فرض انتهاء العقد.

بجزء لا یتجزء فغایة الأمر عود الملک مع الجزء زمانا و ان یتقدم الجزء علی عوده رتبة و لکن هذا المقدار لا یکفی فی صحة العقد أو الإیقاع فإن المعتبر فی صحّتها سبق ملک المتصرف علی تصرفه عقدا کان أو إیقاعا.

و اما إدخال التصرف فی المقام فی مسألة من باع شیئا ثم ملک فغیر صحیح لان تلک المسألة ما إذا باع المال من الغیر ثم ملک فیحتاج الحکم بالصحة إلی إجازة المتصرف ثانیا بل علی تقدیر عدم الحاجة إلیها فیما إذا باع عن نفسه کالغاصب فلازم ذلک الحکم ببطلان التصرف فیما کان إیقاعا کالعتق لعدم جریان الفضولیة فی الإیقاعات.

نعم بناء علی ان المعتبر فی صحة التصرف وقوعه قبل تمامه فی الملک بحیث لا ینافی وقوع بعض العقد أو الإیقاع فی ملک الغیر فیحکم بحصول الفسخ و صحة التصرف فان الممنوع وقوع التصرف الی تمامه فی ملک الغیر فإنه الظاهر فی مثل قوله (ص) لا تبع ما لیس عندک بل لا یبعدان یقال ان المراد بالبیع کما هو ظاهره معناه الاسم المصدری و ان البیع بهذا المعنی لا یقع فی ملک الغیر فالنهی المزبور لا یعم ما یصیر فیه المال قبل تمام البیع ملکا لبائعه و کذلک الأمر فی العتق و غیره ممّا تعلق النهی عنه به قبل الملک.

و یبقی الکلام فی التصرف الذی من قبیل الفعل الخارجی کوطی الأمة المبیعة بخیار فان الفعل فی أوّله یقع محرما لا یقال إذا قام الدلیل علی جواز کل فسخ کما هو ظاهر مثل قوله علیه السلام البیعان بالخیار ما لم یفترقا و المسلمون عند شروطهم فیعم جواز الفسخ الفعل الذی لا یجوز لغیر المالک و النتیجة عدم البأس بوطی البائع الأمة التی باعها بشرط الخیار فیما کان الوطی بقصد الفسخ.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹۴

....

فإنه یقال مقتضی جواز کل فسخ کون جوازه وضعیا یعنی یحصل به الفسخ فلا تنافی حرمة الفعل الفسخی تکلیفا بمقتضی مثل قوله سبحانه إِلَّا عَلَیٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَکَتْ أَیْمَانُهُمْ* و لو فرض قیام دلیل علی جواز الفسخ تکلیفا نظیر الرجوع فی المطلقة الرجعیة بوطیها فلا بد من الالتزام بعود الملک کالزوجیة الی الواطی لیقع الفعل فی ملکه نظیر الجمع بین ما دل علی حلیته البیع و ما دلّ علی ان الشخص لا یملک أحد عمودیّة بالالتزام بحصول الملک بالبیع انا ما بحیث ترتب علیه انعتاق الولد أو الوالد و کیف کان فالأظهر فی المقام ما ذکره المحقق و الشهید الثانیان من حصول الفسخ بالقصد المقارن للفعل و علیه فلا إشکال فی الفسخ بالفعل و جوازه تکلیفا و وضعا من غیر فرق بین الاعتباری و الخارجی.

و یظهر ذلک من الشیخ قده فی مبسوطه حیث ذکر فی بیع الصرف ان المتصارفین یجوز لهما التبایع ثانیا فی مجلس العقد و قال ان شروعهما فی البیع الثانی قطع لخیار المجلس و وجه الظهور ان حصول الملک عنده مشروط بانتهاء الخیار فلا بد من التزامه بسقوط الخیار فی البیع الأول و صیرورة المبیع ملکا للمشتری عند الشروع فی البیع الثانی لیجوز للمشتری له من بیعه ثانیا من بایعه.

نعم فی باب الهبة لم یصحح البیع الذی یحصل به الرجوع فی الهبة معللا عدم وقوعه فی ملک البائع انتهی.

أقول: یرد علیه ان اقتران ارادة الفسخ بالفعل لا یکون الا بالفعل فتحقق الاقتران و عود الملک الی المتصرف عنده یوجب ان لا یکون الفعل عند شروعه مصادفا لملک الفاعل و دعوی ان زمان الاقتران بعینه زمان عود الملک و انما- یتقدم الإرادة المقترنة بالفعل علی عود الملک فی الرتبة لا فی الزمان لا یمکن المساعدة علیها فإنه یجری مثلها علی القول- بحصول الفسخ بأول جزء من الفعل فان حصول الجزء من الفعل أی جزء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹۵

....

فرض منه یتقدم علی عود الملک بالرتبة لا فی الزمان.

و ما ذکر قده من اعتبار سبق الملک علی التصرف بالزمان قضاء لحق الظرفیة ففیه ما لا یخفی فإنه لا یستفاد من أدلة اعتبار الملک فی البیع أو العتق أو الوطی إلا تحقق الملک عند کل من هذه الأفعال لا تقدمه علیها زمانا.

و لکن یلزم علی القول بتحقق الفسخ بالجزء الأول من الفعل أو بالقصد- المقارن ان یلتزم بحصول الفسخ بمجرد تحقق الجزء الأول و لو ندم المتصرف عن فسخه و ترک سائر أجزاء الفعل فإنه من قبیل الندم عن الشیء بعد حصوله فیبقی فی البین الالتزام بان ملک المتصرف معتبر فی البیع مثلا بمعناه المصدری أو انه یکفی حصوله و لو عند تمام العقد.

اما الأول فقد تقدم فی بحث البیع انه لا اختلاف بین المعنی المصدری و المعنی الاسم المصدری إلا بالاعتبار لا انّ البیع بمعناه المصدری فعل و الاسم المصدری أثر یترتب علیه نظیر ترتب الانعتاق علی العتق مع ان قوله علیه السلام لا عتق فی- ملک غیر کونه لا انعتاق إلا فی ملک.

و امّا الثانی ففیه انه خلاف ظاهر الظرفیة فی مثل قوله لا عتق إلا فی ملک حیث ان ظاهرها وقوع التصرف من أوله فی الملک کما فی

قوله لا علم إلا فی الجوع و لا عیش إلا فی الحضر و لا صلاهٔ إلا فی الساتر و غیر ذلک.

فیبقی الکلام فی ان مع الفسخ بالفعل یقترن التصرف من اوله بالملک أم لا؟

و دعوی ان المراد بالملک هی السلطنهٔ و التمکن لا ملک الرقبهٔ و المعتبر فی جواز الوطی سلطنهٔ الواطی و لذا یجوز مع التحلیل و التزویج یدفعها ان ما ذکر خلاف الظاهر فی أدلهٔ اعتبار الملک فی العتق و نحوه بل الوطی بملک الیمین ظاهره حصول السلطنهٔ بملک الرقبهٔ زمان التصرف و الوطی.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹۶

....

و علی ذلک فنقول اما الفسخ بالتصرفات الاعتباریهٔ فلا إشکال فی کونها فسخا و محکومهٔ بالصحهٔ مع تمام سائر شرائطها و الوجه فی ذلک ان الفسخ کالإجازهٔ و ان یکون من الأمور الإنشائیهٔ فی اعتبار العقلاء و لذا یحصل سقوط الخیار بالإسقاط و لو لم یکن- إسقاطه بطیب النفس بل استحیاء أو خجلا.

و بتعبیر آخر إسقاط الخیار من قبیل إبراز الرضا المعاملی ببقاء العقد و عدم حلّه- الا ان الإنشاء و المنشأ لیس من قبیل الأسباب و المسببات بان یکون المنشأ أثرا و الإنشاء مؤثرا لیقال ان الأثر و ان یقارن المؤثر زمانا و انما یتقدم المؤثر علی الأثر بالرتبهٔ و لکن هذا بالبرهان العقلی و أهل العرف یرون للأثر تأخرا زمانیا فی الجملهٔ و العبرهٔ- فی الأحکام الشرعیهٔ بنظر العرف لا بالتدقیق العقلی الناشی من البرهان بل المنشأ أمر یعتبره صاحب الإنشاء قبل إنشائه و الإنشاء عبارهٔ عن إبرازه بقصد ان یتم العنوان الإنشائی فالمعتبر إبرازه بقصد تحقق ذلک العنوان عین وجود ذلک العنوان الذی یرد علیه الإمضاء و الحکم من العقلاء و الشرع.

و علی ذلک فکما ان الإجازهٔ فی بیع الفضولی اعتباره بنحو الکشف الحکمی حیث ان العاقد الفضولی یعتبر ملکیهٔ المبیع المشتری من حین العقد فالمالک المجیز یجیز هذه الملکیهٔ و لو بعد مدهٔ و الشارع یمضی الإجازهٔ المزبورهٔ فیحکم حین الإجازهٔ بأن المبیع ملک للمشتری من حین ذلک العقد کذلک فیما نحن فیه فأن المتصرف یعتبر انحلال العقد قبل اعتباره ملکیهٔ المبیع لثالث و إذا أبرز المعتبرین بمبرز واحد یتحقق الفسخ من حین تحقق المبرز بالکسر و لکن معنی تحققه انحلال- العقد قبل اعتبار ملکیهٔ المال لثالث لانه المعتبر فی نفس المتصرف فیثبت بإمضاء الفسخ موضوع إمضاء التصرف حیث یحکم بوقوعه فی الملک و العمدهٔ شمول دلیل الإمضاء لذلک الفسخ حیث یستفاد ذلک قبل الإجماع من إطلاق دلیل الخیارات الشرعیهٔ و المشروطهٔ أی المؤمنون عند

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۴۹۷

....

شروطهم.

و الحاصل ان هذا یدخل فی الکشف الحکمی و یفید فی صحهٔ التصرفات الاعتباریهٔ لا فی حلیهٔ الفعل الخارجی حیث لا- یستفاد من دلیل إمضاء کل فسخ حلیهٔ ذلک الفسخ تکلیفا کما هو ظاهر بل حلیهٔ الفعل الخارجی مبنیهٔ علی انصراف أدلهٔ التحریم عن ذلک الفعل أو قیام دلیل علی جههٔ أخری تحل بها الفعل کالوطی فی عدهٔ المطلقهٔ الرجعیهٔ حیث ان ظاهر الأدلهٔ عدم زوال الزوجیهٔ إلا بانقضاء العدهٔ فی مورد الطلاق الرجعی و الحاصل ان الکشف الحکمی بالإضافهٔ إلی الأحکام التکلیفیهٔ غیر معقول کما أوضحناه فی بیع الفضولی.

و دعوی ان الفعل الخارجی کالتصرف الاعتباری بنفسه مصداق للفسخ فیجوز بجواز الفسخ تکلیفا و وضعا لا یمکن المساعدهٔ علیها فإنه ان أرید ان الفعل الخارجی بلا قصد إلغاء العقد مصداق للفسخ فیدفعه ان الفسخ- کالامضاء من الأمور الإنشائیهٔ و القصد فیها

مقوم و لا يقاس بالوطى فى عدة المطلقة الرجعية فإن جواز الوطى و غيره من الاستمتاعات تكليفا لكون المطلقة الرجعية زوجة تنقضى تلك الزوجية بانقضاء العدة و تمام الطلاق و اما كونه كسائر الاستمتاعات رجوعا و ان لم يقصد بها الرجوع فلما أشرنا الى ذلك سابقا من استفادة ذلك من النص.

و ان أريد أن الفعل الخارجى مع قصد إلغاء العقد فى نفسه فسخ لا ان الفسخ مسبب منه فهو صحيح كما ذكرنا الا ان كونه فسخا مقتضاه جوازه وضعا لا تكليفا فإنه لا يستفاد من أدلة الخيار و أدلة جواز الشروط الا نفوذ الفسخ لا جواز كل فسخ تكليفا لو بنى على دلالتهما على جواز كل فسخ تكليفا يكون مقتضى الجمع بينهما و بين ما دل على وجوب حفظ الفرج الا عن الزوجة أو ملك اليمين عدم جواز الفسخ تكليفا فيما إذا كان بمثل الوطى فى غير ملك اليمين فى ابتدائه خصوصا إذا كان الفسخ بخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۹۸

[فرع لو اشترى عبدا بجارية]

فرع لو اشترى عبدا بجارية (۱).

الشرط حيث ان الشرط لا يكون مشرعا لما لا يجوز تكليفا أو وضعا اللهم الا ان يقال بانصراف دليل التحريم عن مثل هذا الفرض.

فتلخص عما ذكرنا ان التصرف الخارجى أو الاعتبارى يكون فسخا و بيعا ثانيا أو هبة أو رهنا و نحو ذلك و يحكم بحصول الفسخ و التصرف و لو كان من شرط التصرف ملك المال من حين وقوع التصرف.

و دعوى أن الشيئين لا يحصلان بشىء واحد نظير التكبيرة الثانية حيث لا تكون خروجا عن الصلاة و دخولا فى الأخرى قد عرفت جوابها من كلام العلامة (ره) من انه لا مانع عن حصول شىء بشىء منضما الى قصده أو بدونه و ان يكون ذلك الشىء منضما الى قصد آخر شيئا آخر و عدم كون التكبيرة الثانية دخولا فى الصلاة و ان قصدها المصلى لعدم جوازها تكليفا لكونها قطعا للصلاة التى- شرع فيها و المحرم لا- يصلح لكونها عبادة لأن القطع عين الإتيان بالقاطع و المبطل خارجا كما ان الإفطار عين الإتيان بالمفطر لا ان الإتيان بالقاطع أمر و القطع أمر أخر و المحرم هو الثانى دون الأول.

(۱) و ليعلم ان الحكم لا- يختص بشراء العبد بالجارية و عتقهما بل يجرى فيما إذا وقعت المعاوضة بين المالين بخيار و تصرف- المشترى فى كلا المالين بتصرفين متنافيين فى زمان واحد بالمباشرة أو بالتوكيل كما إذا اشترى كتابا بفراش و وهبهما من ثالث.

و كيف كان ففى الفرع صور: الاولى، ما إذا كان الخيار للمشترى خاصة و يقال فيها بانعتاق الجارية دون العبد لان عتق الجارية فسخ للشراء و عتق العبد اجازة له و كلما دار الأمر فى المعاملة بين فسخها و إمضائها يقدم فسخها. و فيه ان تقديم الفسخ على الإجازة يختص بما إذا كان الخيار المستقل لمتعدد حيث ان اجازه المجيز معناها إسقاط خياره فيكفى فى انفساخ المعاملة فسخ الآخر و اما إذا كان الفسخ و الإمضاء بالخيار للواحد سواء كان المباشر بهما نفس ذى الخيار أو وكيليه فان وقعا فى زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۴۹۹

....

واحد فلا موجب لتقديم الفسخ على الإجازة بل الموجب لتقديم أحدهما سبقه على الآخر زمانا.

و قد يقال بتقديم عتق العبد فان العبد ملك للمعتق بالكسر فى زمان عتقه فينعتق بخلاف الجارية فإن صيرورتها ملكا للمعتق بالكسر موقوف على انفساخ المعاملة بعتقها و المفروض عدم حصوله لعدم كون عتقها إنشاء الفسخ مع اقترانه بعتق العبد و لا أقل من الشك

فیکون مقتضی الأصل بقاء العقد و استمراره.

أقول: لا ینبغی الریب فی الفرض فی بطلان کلا العتقین لعدم المعین فی البین نظیر تزویج الام و البنت دفعهٔ واحدهٔ بلا فرق بین صدور نکاحهما عن شخص واحد أو صدورها عنه و عن وکیله فی زمان واحد.

و علی الجملهٔ فبما ان عتق کل من العبد و الجاریهٔ أمر جائز للمشتری و لکن لا یمکن الجمع بینهما یکون کتزویج الام و البنت دفعهٔ واحدهٔ نعم الظاهر الحکم بالصحهٔ بالإضافهٔ الی العبد فیما إذا لم یقصد فی عتقهما انحلال الشراء السابق کما إذا انسی شراء العبد بالجاریهٔ و تخیلهما ملکه فعلا فأعتقهما و لکن هذا الفرض خارج عن مفروض کلامهم و فی مفروض کلامهم یحکم ببطلان العتقین و بقاء الخیار لعدم ثبوت المسقط.

لا یقال: مع قصده انحلال الشراء بعتق الجاریهٔ بحکم بانحلال الشراء مع فساد العتقین لان عدم إمضاء عتق الجاریهٔ و العبد لعدم إمکان کونها معا ملکه فی زمان واحد و صحهٔ العتقین تتوقف علی کونهما معا فی ملکه فی زمان واحد و ترجیح أحدهما بلا معیّن. فإنه یقال: إنشاء عتق العبد یمنع عن کون إنشاء عتق الجاریهٔ إبرازا للانحلال فان عتق العبد احداث حدث فی المشتری بانفساخ زمان- خیار الحیوان أو خیار الشرط فیکون اجازهٔ للشراء و إذا لم یحرز الفسخ یحکم ببقاء الشراء بل ببقاء الخیار.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۰

[مسألهٔ من أحکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار]

اشارهٔ

من أحکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار (۱).

الصورهٔ الثانیهٔ: ما إذا کان عتق العبد و الجاریهٔ مع الخیار للبائع فقط ففی الفرض یحکم بانعتاق العبد بناء علی جواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه کما یحکم ببطلان عتق الجاریهٔ لوقوعه فی غیر ملکه و لا یفیده إجازهٔ البائع لعدم جریان الفضولیهٔ فی العتق.

الصورهٔ الثالثهٔ: ما إذا کان الخیار لهما و علی ذلک فعتق المشتری بالإضافهٔ الی العبد غیر صحیح بناء علی تعلق حق البائع به فیکون عتقه تصرفا فی حق الغیر فیبطل و اما عتق الجاریهٔ فیصح فیکون عتقهما فسخا و لو أجاز البائع عتق العبد بعد ذلک فیکون أجازته إسقاطا لخیاره فیکون من تقدیم الفسخ علی الإجازهٔ نعم لو قلنا بجواز تصرف- المشتری فی العبد بالعتق فیکون الفرض کالفرض الأول فی بطلان العتقین و بقاء العقد و الخیار.

(۱) یقع الکلام فی المقام فی جواز التصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه بتصرف یمنع عن رد العین علی من له الخیار علی تقدیر فسخه و لو قیل بعدم حصول النقل و الانتقال الا بانقضاء الخیار کما عن الشیخ و ابن سعید فی جامع الشرائع یکون عدم جواز تصرف کل من المتعاقدین فیما وصل الیه من صاحبه علی القاعدهٔ سواء کان التصرف متلفا أو ناقلا أو لم یمنع عن رد العین کرکوب الدابهٔ.

و انما الکلام فی عدم الجواز علی القول بحصول النقل و الانتقال من حین تمام العقد کما علیه المشهور و قد ینسب عدم الجواز إلی العلامهٔ فی القواعد و المحقق و الشهید الثانیین بل فی مفتاح الکرامهٔ فی مسألهٔ عدم انتقال حق الرجوع عن الواهب الی ورثته ان خیار البائع یمنع المشتری عن تصرفه فی المبیع مع کون التصرف متلفا أو ناقلا عند الأکثر.

و عن جماعهٔ عدم وجوب الزکاهٔ علی مشتری النصاب فیما- کان لبائعه خیار الفسخ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۱

و یمکن ان یقال ان قول الشیخ و من تبعه (۱).

و ان انقضی من حین الشراء حولا کاملا لان من شرطا الزکاة کون مالک النصاب متمکنا علی التصرف فی تمام الحول و المشتری فی الفرض لا یجوز له التصرف فی النصاب المزبور ما دام للبائع خیار الفسخ.

و لکن عن الشرائع انه یجوز لمشتری العین رهنها عند آخر زمان الخیار سواء کان الخیار للبائع أوله أو لکلیهما و کذا ذکر فی مسألة شراء النصاب مع الخیار لبائعه وجوب الزکاة علی المشتری بانقضاء حول الشراء و ان استشکل علیه فی المسالک فی کل من- المسألتین بحیث یظهر منه ان المحقق ایضا ملتزم بمنشاء الاشکال و ان التصرف ینافی حق استرداد العین للبائع و کذا یظهر جواز التصرف عن رهن القواعد بل عن صریح العلامة فی التذکرة فی باب الصرف و ایضا یظهر الجواز عن الشهید ره فی الدروس حیث ذکر- فی باب الصرف انه یجوز لأحد المتصارفین فی مجلس العقد بیع ما قبضه من شخص ثالث و لا یمنع خیار المجلس الثابت لصاحبه عن جواز البیع الثانی لأن حق الخیار لصاحبه یبقی و یکون له علی تقدیر الفسخ استرداد مثل المقبوض و ایضا ذکر الشهید ره فی اللمعة انه یجوز لمشتری العین رهنها و لو مع الخیار للبائع و ظاهره جواز الرهن و جعلها وثیقة للدین علیه لثالث و لکن حمله الشهید الثانی فی الشرح علی ما کان الثمن دینا علی المشتری و جعل العین المبیعة رهنا علی ذلک الثمن و هذا الحمل تکلف فإنه لم یفرض الشهید قده کون الثمن دینا علیه.

(۱) و حاصله ان منع الشیخ و ابن سعید (قدس سرهما) عن تصرف من علیه الخیار فیما وصل الیه لیس لأجل عدم حصول الملک الی انقضاء الخیار بحیث لو قالا- بحصول الملک من حین العقد لالتزما بجواز التصرف الناقل أو المتلف و الوجه فی ذلک انه قد علّل الشیخ (قده) عدم جواز بیع أحد المتصارفین ما قبضه من ثالث فی مجلس العقد بان البیع المزبور مانع عن خیار صاحبه و لو کان عدم الجواز متفرعا علی عدم الملک لکان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۲

....

المتعین ان یعلل عدم الجواز بعدم صیرورة ما قبضه ملکا لبائعه.

و یظهر عدم کون منعهما متفرعا علی عدم حصول الملک بالعقد عن الشهید (قده) فی مسألة حصول الملک بالعقد أو بانقضاء الخیار و ان انقضاء الخیار یعتبر بنحو الکشف أو بنحو النقل و ذلک فإنه ذکر فی وجه حصول الملک بالعقد انه الناقل و ثبوت الخیار للاستدراک و الاستدراک لا ینافی حصول الملک بالعقد.

و ذکر فی وجه حصول الملک بانقضاء الخیار ان الغرض من الملک هو التصرف و التصرف ممتنع زمان الخیار و ظاهر هذا الکلام ان عدم جواز التصرف زمان الخیار متسالم علیه عند القائلین بحصول الملک بالعقد و القائلین بحصوله بانقضاء الخیار.

اللهم الا- ان یقال ان المراد من التصرف الذی تسالم علیه القائل بحصول الملک بالعقد و القائل بحصوله بانقضاء الخیار علی عدم جوازه، هو التصرف الذی یکون نافذا بحیث لا یکون فی معرض الانحلال و لا فی معرض الضمان بان لا یبطل ذلک التصرف بفسخ ذی الخیار و لا- یکون لذی الخیار الرجوع الی بدل المال الذی أتلفه من علیه الخیار أو نقله الی ثالث فلا ینافی التسالم علی ذلک الالتزام بجواز تصرف من علیه الخیار بحیث یبطل مع فسخ من له الخیار أو یرجع من له الخیار الی بدله.

و کون المراد من التصرف الممنوع عند القائلین بالقولین ما ذکر خلاف ظاهر کلام الدروس فی بیان مدرک القول بحصول الملک بالعقد أو بانقضاء الخیار حیث ان ظاهره ان التصرف ممتنع ای غیر جائز لا انه غیر نافذ علی حدّ الملک اللازم الا انه یقرب احتمال کون المراد التصرف النافذ قوله بعد أسطر من بیان مدرک حصول الملک بالعقد أو بانقضاء الخیار ان فی جواز تصرف کل منهما مع

اشتراک الخیار وجهین و وجه التقریب ان حصول الملک بالعقد أو بانقضاء الخیار یجری فی الخیار المشترک و المختص کما یأتی و الاستدلال علی الحصول بانقضاء الخیار بامتناع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۳

ثم ان الظاهر عدم الفرق بین العتق و غیره (۱).

التصرف. لا بـد من کونه المتسالم علیه فی الخیار المختص و المشترک فذکر الوجهین فی جواز التصـرف فی الخیار المشترک یلزمه ان یکون المراد بالجواز غیر امتناع التصـرف المذکور فی مبنی حصول الملک بالعقد أو بانقضاء الخیار بان یکون الامتناع بمعنی عدم النفوذ المتسالم علیه و بمعنی عدم الصحهٔ المختلف فیه.

(۱) قد یقال بان من علیه الخیار یجوز له عتق العبد بمعنی ان عتق العبد الذی اشتراه بخیار بایعه صـحیح دون سائر التصرفات لبناء العتق علی التغلیب. و فیه ان معنی التغلیب تقدیم العتق علی غیره مع جواز کل منهما.

و قـد یقال بأن إتلاف من علیه الخیار العین المنتقلـهٔ إلیه غیر جائز و اما التصـرفات الاعتباریهٔ الناقلهٔ فلا بأس بها و لکن التزم هذا القائل بأنه مع فسخ ذی الخیار تنحل تلک التصـرفات الصادرهٔ عمن علیه الخیار من حین الفسخ أو من أصلها و لعل مبنی ذلک ان التصرفات الاعتباریـهٔ لانحلالها بفسـخ البیع لا تمنع عن استرداد ذی الخیار عین المال بخلاف الإتلاف فلا یکون تفصـیلا فی- التصـرفات المانعهٔ عن ردّ العین کما لا یخفی.

و کیف ما کان فیسـتدل علی عـدم جواز التصـرف المتلف أو الناقل بان الخیار و ان یتعلق بالعقد حیث انه السـلطنهٔ علی فسخ العقد الا ان- تعلق العقـد بالعوضـین مقتضـاه تعلق الحق بالأـخرهٔ بـالعین المنتقلـهٔ عن ذی الخیـار بان یکون له حق استرجاعها الی ملکه ثانیا فلا یجوز للآخر التصرف فی تلک العین بما یمنع عن الاسترجاع سواء کان بإتلافها أو نقلها الی ثالث.

لا یقال لو کان الحق متعلقا بالعین لانتهی بتلف العین بنفسها مع ان لذی الخیار الفسخ بعد التلف و الرجوع ببدلها.

فإنه یقال: لا تلازم بین عدم جواز الإتلاف أو النقل لتعلق الحق بالعین ابتداء و

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۴

فان الثابت من خیار الفسخ (۱).

بین التعلق ببـدلها علی تقـدیر تلفهـا نظیر مـا ارتهن العین فـإنه لو تلف العین لتعلق حق الرهن ببـدلها مع انه لا یجوز فی الفرض للراهن إتلاـف العین المرهونـهٔ و الی ذلـک یرجع مـا فی الإیضـاح من عـدم جواز عتق العبـد المشتری بخیـار البائع لأنه یجب صـیانهٔ حق ذی الخیار فی العین المعینهٔ.

و یؤیـد تعلق حق ذی الخیار بالعین ما تسالموا علیه من انه لو تصـرف من علیه الخیار فی العین المنتقلهٔ الیه و اجازه من له الخیار سـقط خیاره و الوجه فی التأیید انه لو لم یتعلق حقه بالعین لما کانت اجازهٔ التصـرف إسقاطا للخیار حیث لا منافاهٔ بین صحهٔ التصرف المزبور و فسخ العقد کما لا یخفی.

(۱) الثابت من أدلـهٔ الخیار جواز فسـخ العقـد بنحو الحق سواء کانت العین المنتقلهٔ عن ذی الخیار تالفهٔ أو باقیهٔ فان قوله (ع) و مشتری الحیوان بالخیار إلی ثلاثـهٔ أیام مع ملاحظـهٔ ان الحدث فی الحیوان مسـقط لخیار المشتری مقتضاه جواز فسخ- المشتری فی ثلاثهٔ أیام سواء کان الثمن بید بایعه باقیا أو تالفا و کذلک قوله علیه السلام من اشتری ما به عین و عوار إلخ مقتضاه جواز فسخ شراء المعیب مع بقـائه سواء کان ثمنه باقیا بیـد بایعه أو تالفا بل یثبت هـذا الإطلاق فی روایات خیار المجلس أیضا فإن مقتضاها انه یجوز لبائع الشـیء قبل الافتراق فسخ ذلک البیع و لو باع مشتریه ذلک المتاع فی مجلس العقد من آخر و علی ذلک فلا دلالهٔ فی أدلهٔ الخیارات الشـرعیهٔ

التأسیسیّة علی ان من علیه الخیار یجب علیه إبقاء ما انتقل الیه ما دام لصاحبه خیار بل مقتضی ما دل علی سلطنة المالک علی ماله جواز التصرف له کان التصرف خارجیا أو اعتباریا.

و الحاصل ان ثبوت الحق لمن له فسخ العقد لا- یمنع من علیه الخیار عن التصرف فی العین المنتقلة إلیه کما ان ثبوت حق الشفعة للشفیع لا یلازم منع مشتری الحصة عن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۵

....

التصرف فی الحصة المزبورة.

لا یقال: الأخذ بالشفعة لا یوجب انحلال بیع تلک الحصة حیث ان الأخذ بالشفعة مبادلة أخری بین مشتری الحصة و بین الشفیع و ان الشفیع بالأخذ بالشفعة یتملک تلک الحصة بإزاء مثل الثمن فی الشراء بخلاف خیار الفسخ فان بالفسخ ینحل الشراء.

فإنه یقال: الکلام فی تصرف من علیه الخیار و تصرف من علیه الشفعة و نقول کما ان حق الشفعة لا یمنع عن جواز تصرف من- علیه الشفعة و لا یکون حق الشفعة حقا فی تلک الحصة المبیعة بل الحق متعلق بتملکها بمساو الثمن کذلک حق الخیار لا یوجب الحق فی العین المنتقلة الی من علیه الخیار بل جواز تصرف من علیه الشفعة أشکل لأن تصرفه فی معرض الانحلال بلا خلاف فإنه لو باع مشتری الحصة تلک الحصة من آخر یجوز للشفیع الأخذ بالشفعة من شراء ذلک الآخر و الأخذ بالشفعة من الشراء الأول فإن أخذ بها من الشراء الأول ینحل البیع الثانی بلا خلاف بخلاف خیار الفسخ فإن المشتری لو باع العین من آخر و فسخ البائع البیع بخیاره فقد یأتی عدم انحلال البیع الثانی و ان البائع بعد فسخه یرجع الی بدل العین مثلا أو قیمة.

لا یقال: تعلق حق الرهانة بالعین المرهونة یمنع الراهن عن التصرف فی تلک العین فلم لا یکون الخیار مثله.

فإنه یقال: قد تقدم ان الخیار حق یتعلق بالفسخ بخلاف حق الرهانة فإنه یتعلق بالعین المرهونة. مع ان حق الرهانة فی نفسه یمنع الراهن عن التصرف فی العین المرهونة حیث ان الرهن فی الحقیقة وثیقة للدین و مع جواز الإتلاف لا یتحقق الوثاقة و لذا- ذکروا انه لا یجوز للراهن و المرتهن التصرف فی العین المرهونة کان التصرف متلفا أو ناقلا أو غیرهما.

و لکن ذکرنا فی شرائط العوضین انه و ان لا یجوز للراهن إتلاف العین المرهونة

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۶

و اما الخیارات المجعولة بالشرط (۱).

حیث ان الإتلاف ینافی کون العین وثیقة للدین الا انه لا بأس- بالتصرفات الناقلة فضلا عن غیرها فان العین تنتقل الی الثالث کما هی من تعلق حق الرهانة بها.

و ما ذکروا من سقوط الخیار بإذن ذی الخیار فی التصرف المتلف أو الناقل فلا یدل علی تعلق الخیار بالعین بل لأنّ الإذن المزبور کاشف بکشف نوعی عن إغماض ذی الخیار عن فسخ البیع و الرضا ببقائه فیدخل فی الإسقاط من هذه الجهة لا لأنّ الإذن فیه ینافی بقاء الخیار عقلا کما لا یخفی.

(۱) ذکر (قده) ان الحکمة فی ثبوت الخیار شرعا إبقاء السلطنة علی استرداد العین و لذا لا ینافی الخیار الشرعی تصرف من علیه الخیار فی العین المنتقلة إلیه بخلاف الخیار المجعول باشتراط المتعاقدین فإن السلطنة المزبورة علة لجعل الخیار باشتراطهما و بقاء الخیار المجعول حتی مع تصرف من علیه الخیار إتلافا أو نقلا و ان کان ممکنا لأن السلطنة علی الاسترداد علة لجعله لا للخیار المجعول- الا انه یقتضی ان لا یجوز لمن علیه الخیار الإتلاف أو النقل.

أقول: كون الغاية من جعل الخيار التمكن على استرداد العين لا يجرى فى جميع الخيارات المشروطة فضلا عن التأسيسية الشرعية بل الغرض من جعلها تمكن من له الخيار على تدارك ما فات عنه سواء كانت الفائت مالا أو عرضا و كيف يمكن ان يكون الغرض من جعل الخيار استرداد العين فى موارد اشتراطه للمشترى مع انه لا ـ غرض للمشترى غالبا فى عين الثمن بل الأمر فى البائع أيضا كذلك فيما كان غرضه من البيع الاسترباح.

نعم ما ذكر غاية فى بيع الخيار لذا يكون – اشتراطه إبقاء العين فيه ارتكازيا فلا يجوز لمن عليه الخيار إتلافه أو نقله عملا لما اشترط عليه من التحفظ على العين فى مدة الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۰۷

....

لا يقال: ثبوت الخيار لأحد المتعاقدين يمنع من عليه الخيار عن التصرف فيما انتقل اليه سواء كان التصرف المزبور متلفا للعين أو ناقلا و ذلك فان مع فسخ ذى الخيار و انحلال البيع تعود – تلك العين الى ملك الفاسخ كى يصح ضمانها مثلا أو قيمة و مع التصرف المتلف كالعتق أو الناقل كبيع العين من ثالث لا ـ يمكن العود فان عودها يستلزم كون العبد معتقا و مملوكا للبائع الفاسخ فى زمان واحد أو كونه مملوكا له و للثالث مع التصرف الناقل و لا يمكن الالتزام بانحلال العتق أو الشراء الثانى بانحلال البيع الأول من الأصل أو من زمان وقوع فسخ البيع الأول فإن لازم ذلك وقوع العتق أو الشراء الثانى مراعى أو متزلزلا و لا يصح شيء منهما.

فإنه يقال: لا منافاة بين الخيار و نفوذ التصرف المتلف أو الناقل و لا موجب للالتزام بانحلال التصرف المتلف أو الناقل لا من أصلهما أو من حين فسخ البيع الأول و الوجه فى ذلك يظهر بملاحظة التلف الحقيقى للعين بيد من عليه الخيار فان معنى عود التالف الى ملك الفاسخ اعتبار تلك العين عند تلفها ملكا للفاسخ بمعنى ان تلفها وقع فى ملكه مع كون العين بيد الغير لا أن العين بعد تلفها عادت الى ملك الفاسخ فان العود كذلك لا يوجب ضمان ذى الخيار.

و على ذلك فالعتق عمن عليه الخيار لوقوعه فى ملكه يكون نافذا فيحسب بعد فسخ ذى الخيار إتلافا واقعا فى ملك الفاسخ و كذلك – الشراء الثانى فإنه بعد فسخ ذى الخيار يحسب عند بيعها من ثالث إتلافا واقعا فى ملك الفاسخ فيكون ضمانها على من أتلفها و لا وجه لانحلال العتق لا من الأصل و لا من حين الفسخ و كذا الشراء الثانى لكون كل من العتق و البيع الثانى فى زمان وقوعه واجدا لتمام ما يعتبر فى صحته و لزومه و قد شملهما خطاب النفوذ و دليل حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقود.

و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا وقع المعاوضة بين العينين و تصرف من انتقل اليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۰۸

ثم ان المتيقن من زمان الخيار (۱).

احدى العينين فيها بتصرف متلف أو ناقل ثم تلفت العين الأخرى قبل قبضها فإنه يصح التصرف الناقل أو المتلف لوقوع كل منهما فى ملك المتصرف فيعمّه دليل النفوذ و خطاب الصحة بناء على ما هو الصحيح من ان التلف قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من أصله لأن اشتراط القبض يختص ببيع السلم و التقابض ببيع الصرف و ما دل على ضمان البائع التلف قبل القبض لا يستفاد منه الّا – الانحلال من حين التلف.

و مما ذكرنا من ان التصرف الناقل عمن عليه الخيار يعتبر حين الفسخ إتلافا لمال الغير فينتقل الى – الضمان بالمثل أو القيمة يظهر عدم الفرق بين الناقل اللازم أو الجائز و انه ليس لذى الخيار فسخ ذلك الناقل الجائز لأنه أجنبى عن ذلك التصرف و لا إجبار على من عليه الخيار بفسخه بل ليس لذى الخيار إلزام من عليه الخيار بدفع العين لو رجعت اليه بناقل آخر بل بفسخ ذلك الناقل الجائز أيضا

اللهم الا ان یقال ان النقل الجائز انما یحسب إتلافا فیما إذا لم ترجع العین الی ملک من علیه الخیار بفسخ الناقل الجائز و الا فلا إتلاف فی اعتبار العقلاء و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) لا یخفی انه لو کان المانع عن جواز تصرف من علیه الخیار تعلق الحق بالعین المنتقلة إلیه لجاز له التصرف فی تلک العین قبل زمان ثبوت الخیار کما لو قیل بان خیار الغبن بعد ظهور الغبن و ان خیار العیب بعد ظهور العیب لان الموجب لتعلق الحق بالعین و هو الخیار لم یحصل.

و اما لو قیل بان المانع عن صحة التصرف و نفوذه ان التصرف المزبور ینافی ثبوت الخیار فلا فرق بین التصرف قبل زمان فعلیة الخیار و التصرف قبله فان مع کل من التصرفین لا یحصل الفسخ و یلزم کون العبد معتقا و مملوکا أو مملوکا- للفاسخ و للثالث فتدبّر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰۹

[فرعان]

[الأول لو منعا من التصرف]

لو منعا من التصرف (۱).

[الثانی هل یجوز اجارة العین فی زمان الخیار]

هل یجوز اجارة العین فی زمان الخیار (۲).

---

(۱) لو بنی علی من علیه الخیار لا یجوز له التصرف المتلف أو الناقل فهل یمنع عن تصرف کانت العین معه فی معرض عدم- إمکان الردّ علی ذی الخیار بفسخه کوطی الأمة مع الإنزال فی رحمها حیث یمکن کون الأمة مستولدة به.

أقول: مع عدم العلم و الاطمئنان بالاستیلاد فالأصل جوازه أخذا بأصالة الحلیة و اما مع العلم أو الاطمئنان فلا یبعد عدم الجواز لکونه منعا عن رد الأمة التی تعلق بها حق ذی الخیار و عدم إمکان صیرورتها ملکا للفاسخ مع کونها ملکا للواطی علی ما تقدم من ان المانع عن التصرف تعلق حق ذی الخیار بالعین أو تنافی التصرف مع الخیار.

(۲) و حاصل ما ذکره فی المقام ان من علیه الخیار لو آجر العین التی اشتراها بخیار بائعها فهل تصح تلک الإجارة بحیث لو فسخ ذو الخیار البیع لعادت العین إلیه مسلوبة المنفعة أم لا یصح تلک الإجارة لاستلزامها ان لا یجوز للبائع بعد فسخه أخذ العین من ید مستأجرها مدة الإجارة فتکون الإجارة منافیه لحق الخیار علی ما تقدم. نعم لو استأجر العین بائعها من مشتریها أو آجرها مشتریها لآخر باذن- بائعها فلا تبطل الإجارة بفسخ البائع بل تعود العین إلیه مسلوبة المنفعة.

و الوجه فی عدم بطلان الإجارة ان من علیه الخیار یملک منفعة العین تبعا لملک العین بملکیة مطلقه فله استیفاء تلک المنفعة باستئجار العین و إذا فسخ بائعها یرجع العین الی ملکه مسلوبة المنفعة کما إذا آجر العین مالکها ثم باعها من آخر فان مشتریها یملک العین مسلوبة المنفعة علی ما هو المقرر فی محله.

و لا یقاس بما إذا آجر البطن الأول العین الموقوفة إلی مدة ثم انقرضوا قبل انقضاء تلک المدة فإنه تبطل الإجارة بالإضافة إلی المدة الباقیة بمعنی انها فضولیة تحتاج إلی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۰

....

إجازة البطن الثانی و الوجه فی عدم القیاس ان البطن الأول لا یملک العین و لا منفعتها بملکیة مطلقه بل ما دام حیاتهم و البطن الثانی لا- یتلقی الملک منهم بالوراثة و نحوها لیقال بان العین تنتقل إلیهم مسلوبة المنفعة بل الملکیة مجعولة لکل بطن من الواقف مدة حیاتهم علی ما تقدّم فی بحث عدم جواز بیع الوقف. بخلاف المقام فإن مشتری العین یملک العین بملکیة مطلقة و تتبعها ملکیة منافعها و إذا استوفی المنافع بالإجارة و نحوها لعادت العین الی الفاسخ مسلوبة المنفعة.

لا- یقال: انما لا- تبطل الإجارة بتملک العین فیما إذا کان تملکها بتملیک أو مملک جدید کما فیها آجر العین مالکها ثم باعها من ثالث و اما إذا کان تملکها بزوال السبب الذی کانت العین بذلک السبب ملکا لآخر کما فی تملک بائعها بفسخ بیعها الذی کان له خیار فیه فیوجب تملکها بطلان الإجارة التی أوقعها مشتریها فان زوال السبب بالفسخ کزواله بنفسه کما فی انقضاء البطن الأول فإن مقدار المنفعة فی الفرض تتبع مقدار تملک العین.

فإنه یقال: فی بیع البائع العین بخیار یملک المشتری العین بالملک المطلق و کذا منفعتها و إذا استوفی منفعتها بإجارتها لعادت العین إلی بائعها بالفسخ مسلوبة المنفعة نظیر ما إذا وقع التفاسخ بالإقالة بعد إجارة المشتری العین التی اشتراها و المراد بالملک ما یقبل البقاء و الدوام لولا الرافع و لا یقاس ذلک بملک البطون فی الوقف.

و یظهر من صاحب القوانین ره فی بعض أجوبة مسائله ان مشتری العین فی بیع الخیار لو آجرها تبطل الإجارة بفسخ بائعها بردّه مثل الثمن و علل البطلان بأن الفسخ یکشف ان- المشتری لم یکن مالکا لمنفعة العین بالإضافة الی ما بعد الفسخ و ان الإجارة بالإضافة إلیه کانت فضولیة و مراعاة.

و فیه ان أرید أن ملکیة المنفعة تتبع ملک نفس العین فتبقی ما دام العین باقیة فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۱

....

الملک أو ما دام العین باقیة فی ملک من یستند ملکه العین الی الملک الأول کما فی إجارة العین ثم بیعها من آخر فإن الإجارة تبقی لان ملک العین للموجر و ان لم یکن باقیا الا ان ملک مشتری العین المستند الی ملک بائعها حاصل فقد عرفت جوابه نقضا بتفاسخ البیع بعد اجارة العین و- و حلّا بان ملکیة منفعة العین مطلقه تتبع ملک العین القابل للدوام و البقاء لو لا الرفع.

أقول: ملک المشتری العین بملکیة مطلقه بمعنی انها تکون ملکا للمشتری کما کانت للبائع و یحصل بالشراء کان لبائعها خیار الفسخ أم لا لما تقدم من ان الخیار حق یتعلق بالعقد لا بالعین غایة الأمر إذا فسخ الشراء بخیار أو إقالة تعود تلک الملکیة إلی البائع بالسبب الذی کان فی البین قبل العقد الناقل و کما ان مشتری العین یملک نفس العین بملکیة مطلقه کذلک یملک منفعتها بتبع ملکیة العین و لذا یجوز له التصرف فی العین بنقلها من ثالث أو نقل منفعتها حیث یعم التصرف المزبور ما دل علی حل البیع و الإجارة و لزوم الوفاء بالعقود.

و علیه فان فسخ ذو الخیار بعد هذا التصرف یعد هذا التصرف النافذ بعد الفسخ إتلافا لمال الفاسخ عینا أو منفعة فیکون علی المتصرف بدل ما أتلف المشتری من بدل العین أو بدل المنفعة أی الأجرة المثل- بالإضافة إلی المدة الباقیة و هذا مقتضی ما دلّ علی ثبوت الخیار للبائع و ما دل علی إمضاء البیع و الإجارة أو غیرهما من التصرفات.

و یشبه المقام ما إذا شهد الشاهدان بان العین بید زید ملک لعمرو و حکم الحاکم بشهادتهما انها لعمرو ثم رجع الشاهدان عن- شهادتهما فإنه یؤخذ بدل العین من الشاهدین و یدفع الی من کانت العین بیده فان مع رجوعهما بعد الحکم عن شهادتهما تحسب الشهادة السابقة النافذة إتلافا للعین علی ذی الید علی ما فی الروایة و کذلک ما إذا أقرّ ذو الید بان العین لزید ثم أقرّ انها لبکر فإن

بالإقرار الثانى يحسب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۱۲

ثم لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار (۱).

الإقرار الأول النافذ إتلافا للعين على بكر فيضمن له بدلها و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) لو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بإذن ذى الخيار فيصح ذلك التصرف متلفا كان كالعتق أو ناقلا كالبيع و الهبة و لا ينبغى الإشكال فى سقوط خيار من له الخيار بالتصرف المزبور فإنه لو كان الخيار حقا متعلقا بالعقد فالإذن فى التصرف و ان لا ينافى الخيار فيمكن لذى الخيار فسخ البيع و الرجوع الى بدل ما أتلف عليه الا ان الاذن المزبور كاشف عن رضا ذى الخيار ببقاء البيع و الإغماض عن خياره.

و كذا بناء على ان الخيار حق يتعلق بما انتقل الى من عليه الخيار فان ضمان من عليه الخيار تلف العين و بطلان تصرفه لأجل الحق فى العين و مع اذنه فى التصرف فيها ينتفى الحق فلا يكون للمشترى ضمان لان الضمان فيما إذا تلف العين و بها حق ذى الخيار. و اما لو اذن ذو الخيار فى التصرف و لكن لم يتصرف من عليه الخيار فهل يسقط خياره أم لا فعن العلامة فى القواعد و التذكرة انه يسقط و لعله لدلالة الاذن على رضاه ببقاء البيع و اغماضه عن خياره من غير دخالة تصرف من عليه الخيار فى هذه الدلالة و لكن عن جامع المقاصد و المسالك عدم سقوطه.

و الاولى ان يقال انه لو اذن ذو الخيار لشخص ثالث فى التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار يكون هذا الاذن فسخا لانه لا معنى للاذن للغير فى التصرف فيما انتقل إلى المشترى نيابة عن ذى الخيار من عيران يقصد انحلال البيع و اما لو اذن ذو الخيار للمشترى فى التصرف فيما انتقل إليه ففى كونه إسقاطا لخياره إشكال لأن المستفاد من الروايات كون تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه- مسقط لخياره و الاذن المزبور ليس تصرفا فيما انتقل اليه و الحكم بسقوط خياره بتصرف من عليه الخيار باذنه ليس لكون- اذنه إسقاطا للخيار يعنى إنشاء لسقوطه بل لان مع التصرف المزبور لا يبقى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۱۳

[مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد]

المشهور ان المبيع يملك بالعقد (۱).

فى العين حق لذى الخيار و لا يكون على من عليه الخيار ضمان لان الضمان فيما إذا تلفت العين و بها حق ذى الخيار كما تقدم و مع الاذن لا يتحقق هذا التلف بخلاف ما إذا- لم يتصرف فإنه يبقى مورد الحق فيكون إذن ذى الخيار كإذن المرتهن للراهن فى بيع العين المرهونة فى عدم سقوط حق الرهانة عن العين بمجرد الاذن و لذا يجوز له الرجوع عن اذنه قبل بيعها.

و لكن مع ذلك كله يمكن القول بسقوط الخيار بالاذن و ان لم يتصرف من عليه الخيار فإن الإذن كاشف عن رضاه ببقاء العقد و الإغماض عن خياره فان هذا الاذن لا يقصر فى الكشف عن الرضا عن تقبيل الجارية الّتى اشتراها و قد تقدم عن المبسوط انه لو علم رضا البائع بوطى المشترى الأمة المبيعة منه سقط خياره.

و يؤيد هذا السقوط ما فى ذيل معتبرة لسكونى من أنّ عرض المشترى ما اشتراه بشرط الخيار للبيع إسقاط لخياره فإنه روى عن ابى عبد اللّه (ع) انه قضى فى رجل اشترى ثوبا الى نصف النهار فعرض له الربح فأراد بيعه الى ان قال: فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه.

(۱) و حاصله ان المشهور علی حصول ملک المبیع للمشتری بالعقد و لا یتوقف علی انقضاء الخیار من غیر فرق بین کون الخیار لهما أو لأحدهما و ان الخیار یوجب تزلزل الملک لتسلط ذی الخیار علی رفع السبب الناقل فیتعلق حق ذی الخیار بما انتقل عنه الی صاحبه. و حکی المحقق و جماعة عن الشیخ انه (قده) التزم بعدم حصول الملک الا بانقضاء الخیار و الحکایة یعم ما إذا کان الخیار للمشتری فقط کما صرح بهذا الشمول العلامة فی التحریر.

و لکن تعرض فی الدروس لحصول الملک بالعقد أو بانقضاء الخیار و ذکر لکل

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۴

....

منهما وجها و قال فی وجه حصول الملک بالعقد ان العقد هو الناقل و الخیار لاستدراک ما فات بالعقد فلا یکون منافیا لحصول الملک بالعقد.

و قال فی وجه عدم حصول الملک الا بانقضاء الخیار بان الغرض من الملک جواز التصرف و لا یجوز التصرف ما دام- الخیار ثم قال و ربما قطع الشیخ قده بحصول الملک بالعقد فیما کان الخیار مختصا بالمشتری و عن ابی الجنید عدم حصوله الا بانقضاء الخیار- انتهی.

و هذا الکلام من الدروس یدل علی حصول ملک المبیع للمشتری عند الشیخ ایضا فیما- کان الخیار للمشتری خاصة و دلالته من وجهین: أحدهما ما ذکر فی مأخذ الخلاف و وجهه فإنه إذا کان الوجه فی عدم حصول الملک عدم جواز التصرف فی المبیع فلا یجری فی مثل خیار الحیوان فإن المشتری یجوز له التصرف فی الحیوان و یکون تصرفه مسقطا لخیاره.

و بتعبیر آخر عدم جواز التصرف یختص بمن علیه الخیار و لا یعم من له الخیار کما تقدم فی المسألة السابقة.

و ثانیهما ما ذکره من انه ربما قطع الشیخ بملک المشتری بالعقد فیما إذا اختص بالخیار بل ما ذکره ره فی بیان مأخذ الخلاف صریح فی انه لا- خلاف فی حصول الملک بالعقد فیما إذا کان الخیار للمشتری من غیر الشیخ فی الخلاف و المبسوط فان کلامه فی الخلاف و المبسوط یعطی عدم حصول الملک ایضا ما دام لم ینقض خیار المشتری قال فی الخلاف ان الملک لا یحصل الا بانقضاء الخیار فیما کان الخیار لهما أو للبائع و اما إذا کان للمشتری فیخرج عن ملک البائع و یدخل فی ملک المشتری بعد انقضاء الخیار بالعقد انتهی.

و ظاهر هذا الکلام الکشف و انه لو انقضی الخیار و لم یفسخ المشتری العقد

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۵

....

ینکشف حصول الملک للمشتری بالعقد نظیر کشف حصول الملک من حین العقد فضولا بعد اجازة المالک فیکون عدم حصول الملک للمشتری فی زمان خیاره حکما ظاهریا و المراد بخروج المبیع عن ملک بایعه عدم جواز تصرفه فی ذلک المبیع نظیر عدم جواز تصرف الأصیل فی العقد فضولا قبل- اجازة المالک أو ردّه لان ذلک مقتضی لزوم الوفاء بالعقد من جهته.

و یحتمل فی عبارة الشیخ ان یکون مراد، بعدم حصول الملک الا بعد انقضاء الخیار حصول الملک اللازم فیکون موافقا لما علیه المشهور و یدلّ علی کون مراده ذلک ما ذکره فی عدّة- مواضع من المبسوط کقوله بأنه لا یجوز لأحد المتصارفین بیع ما اشتراه فی المجلس من غیر صاحبه و انه لا یجوز لمشتری العین رهن ما اشتراه فی مجلس العقد لان البیع أو الرهن ینافی خیار صاحبه و وجه الدلالة انه لو کان الحکم عنده عدم حصول الملک الا بعد- انقضاء الخیار لکان المتعین تعلیل عدم الجواز بعدم صیرورة المبیع ملکا

للمشتری لأن مع عدم المقتضی للبیع أو الرهن لا معنی لتعلیل عدم جوازهما بالمانع.

و کیف ما کان فالأظهر ما علیه المشهور من حصول الملک بالعقد لان البیع عند العقلاء هو ناقل الملک حتی فی مورد شرط الخیار لأحدهما أو کلاهما و ظاهر قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ إمضاء البیع علی ما هو المقرر عند العقلاء و لان قوله (ع) البیعان بالخیار ما لم یفترقا ظاهره کون الخیار حکما بعد تلبس کل من المتعاقدین بکون أحدهما- بائعا و الآخر مشتریا و ایضا ظاهر قوله (ع) فی خیار الحیوان من الحکم بلزوم البیع بنظر المشتری الی ما یحرم النظر الیه أو تقبیله أو لمسه الجاریة المشتراة جواز هذه التصرفات للمشتری نظیر احداث الحدث فی الحیوان الا ان یلتزم بحصول الملک للمشتری مقارنا لهذه الأفعال نظیر عود الزوجیة بالوطی فی عدة الطلاق الرجعی.

و بتعبیر آخر لا یکون مثل هذه الأفعال مسقطا فعلیا للخیار بل حدوثها غایة للخیار

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۶

ربما یتمسک بالأخبار الواردة فی العینة (۱).

فیقع فی- الملک و یدل ایضا علی حصول الملک بالعقد ما ورد فی غلة المبیع ببیع الخیار و ان الغلة للمشتری و تلفه منه و لو لم یکن العین ملکا للمشتری زمان الخیار البائع لما کانت الغلة ملکا للمشتری و تلفه منه الا ان یلتزم بان رد مثل الثمن فی ذلک البیع شرط لانفساخ العقد و لا یرتبط بالخیار أو یقال ان الخیار المشروط یحصل بردّ مثل الثمن فیکون البیع قبله لازما فلا یصح الاستدلال به الا علی من التزم بأنّ الملک لا یحصل الا بعد انقضاء الخیار المنفصل أیضا أو یقال ما ورد فی غلة المبیع یعم ما إذا کان ردّ الثمن شرطا للخیار أو قیدا للفسخ فلا حظ.

(۱) و قد یستدل علی حصول الملک بالعقد بالأخبار الواردة فی بیع العینة کروایة الحسین بن المنذر قال قلت لأبی عبد الهّس (ع) یجیئنی الرجل و یطلب العینة فاشتری المتاع له مرابحة ثم أبیعه إیاه ثم أشتریه مکانی قال إذا کان بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع و کنت أنت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم- تشتر فلا- بأس فإن ظاهرها کظاهر غیرها جواز شراء ما باعه من طالب العینة فی مجلس بیعه و لو لم یکن ملک المتاع حاصلا لطالبها بمجرد البیع لما جاز الشراء ثانیا فی ذلک المجلس.

و أجاب المصنف قده عن الاستدلال بان الشراء ثانیا و ان کان فی مجلس البیع الا- ان بیع المشتری المتاع من بایعه ثانیا إسقاط لخیارهما و لو علی القول- بحصول الملک بانقضاء الخیار و لذا جوز الشیخ قده بیع أحد المتصارفین ما اشتراه من بایعه ثانیا فی مجلس الصرف.

نعم فی بعض اخبار الباب فقرات یمکن استفادة حصول الملک بالبیع منها و فی صحیحة بشار بن یسار قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یبیع المتاع بنساء ثم یشتری من صاحبه الذی یبیعه منه قال نعم لا بأس به فقلت اشتری متاعی فقال لیس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک فان الحکم بجواز الشراء و لو فی مجلس البیع-

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۷

و مثل هذه الروایة فی عدم الدلالة و الاستیناس صحیحة محمد بن مسلم (۱).

الأول و ان لا یدل علی الحکم کما تقدم الا ان قوله علیه السلام لیس هو متاعک ظاهر فی کون المتاع أو البقر ملکا للمشتری قبل بیعه من بایعه.

و لکن ناقش ره فی ذلک أیضا بأن تواطئهما علی البیع بنسیة أوّلا و الشراء منه ثانیا بنقد یوجب عدم ثبوت خیار المجلس فی البیع الأول و قول السائل اشتری متاعی ناش من ارتکاز ما علیه الشیخ قده من عدم حصول الملک الا بانقضاء مجلس البیع و جواب الامام

(ع) لیس هو متاعک إشارة إلی صیرورة المتاع ملکا للمشتری لسقوط خیار کما بتوافقکما علی هذا البیع و الشراء.

أقول: التوافق علی سقوط الخیار علی تقدیره یکون کالتواطی علی البیع أولا و الشراء ثانیا فی عدم کونه شرطا فی البیع الأول کما یفصح عن ذلک قوله علیه السلام ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر.

و دعوی ارتکاز مذهب الشیخ فی ذهن السائل مع اشتراطه سقوط خیار المجلس عجیب و أعجب منه قوله قده و هذا فی غایة الوضوح لمن تأمل فی فقه المسألة و الظاهران سؤال السائل راجع الی ما یخطر الی بعض الأذهان من عدم الجدّ فی البیع أو الشراء کذلک و أجاب علیه السلام بان الملاک فی صحة المعاملات وقوعها بشرائطها بالقصد و لو کانت وسیلة إلی دفع المال نقدا و الأخذ بالأکثر-نسیة.

(۱) و قد یستدل علی الحکم الذی علیه المشهور بصحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال سألته عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لی متاعا لعلی أشتریه منک بنقد أو نسیة فابتاعه الرجل من اجله فقال لیس به بأس إنما یشتریه منه بعد ما یملکه فان مقتضاها جواز البیع ثانیا بعد الشراء سواء کان خیار المجلس فی ذلک الشراء باقیا أم لا.

و ناقش ره فی هذا- الاستدلال بأمور: الأوّل ان هذه الروایة ناظرة الی ان البیع من

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۸

و أشد ضعفا من الکل (۱).

الطالب یقع ثانیا لا بمجرد تقاضاه أولا لیکون من بیع ما لیس عنده و لذا ذکر فی بعض الروایات الواردة فی هذه المسألة و لا توجب البیع أی مع الطالب قبل ان تستوجبه ای مع البائع- الأول.

و ثانیا ان الغالب فی هذا البیع جلوس الطالب فی محل المطلوب منه و یذهب المطلوب منه فیشتری المتاع من السوق و نحوه ثمّ یجیء به الی محله فبمجرد افتراق المطلوب منه من البائع الأول ینتهی خیار المجلس فیکون بیعه من الطالب بعد لزوم البیع الأول و لو فرض اجتماع الطالب و المطلوب منه و من باع المتاع أولا فی مکان لکان تعریض المشتری الأول بیعه من- المشتری الثانی إسقاطا لخیاره و خیار بایعه.

و الحاصل انه لیس فی قوله (ع) انما یشتریه منه بعد ما یملکه دلالة علی حصول الملک بمجرد العقد و علی تقدیر التسلیم فیدفع احتمال النقل بان یکون انقضاء الخیار دخیلا فی النقل و الانتقال و لا- یدفع احتمال الکشف حیث انه علی الکشف یکون البیع الثانی محکوما بالصحة لأنه ینکشف بانقضاء الخیار وقوعه فی ملک بایعه.

أقول: العمدة فی الجواب هو الوجه الأول و هو نفی کون- المقاولة الأولیة بیعا لیکون محکوما بالبطلان لوقوعه فی غیر الملک و اما البیع بعد الشراء فما هو شرائطه فلیست الروایة ناظرة إلیه لیتمسک بإطلاقها کما لا یخفی.

و مما ذکر یظهر الحال فیما ورد فی مال العبد و انه یکون للمشتری مطلقا أو مع الاشتراط أو مع علم البائع بماله فإن غایة مدلوله صیرورة المال للمشتری نحو صیرورة نفس العبد له فان کان الملک بالعقد فالمال ایضا کذلک و لو کان بانقضاء الخیار فالمال ایضا تابع له کما لا یخفی.

(۱) ذکر فی الجواهر فی وجه حصول الملک بالبیع ان مقصود المتعاقدین و ما وقع علیه تراضیهما هو انتقال العوضین عند تمام العقد أی الإیجاب و القبول بشرائطهما فهذه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱۹

....

المعاملة على تقدير صحتها كذلك يثبت ما عليه المشهور و هو- المطلوب و الا تكون المعاملة باطلة من أصلها أو تكون صحيحة لا على وجه تراضيهما و مقصودهما.

و أجاب المصنف ره عن هذا الوجه بأنه أضعف الوجوه لان الزمان غير داخل فى مدلول العقد و لا يكون مدلوله النقل من حين العقد بل مدلوله نفس نقل المعوض بعوض و انتقال الأول بإزاء الثانى نعم بما أن المتعاقدان يرون العقد علة تامة للنقل و الانتقال يكون قصدهما النقل و الانتقال من حين تمام العقد داعيا لهما الى إنشائه و لكن العقد لا يدلّ الا على النقل و الانتقال و لذا لو جعل الشرع شرطا آخر فى حصول النقل و الانتقال كما فى اشتراط التقابض الصرف لما كان حصول النقل و الانتقال بعد القبض الا من قبيل تخلف الداعى للمتعاقدين لا وقوع مدلول العقد على غير وجهه و هكذا الحال على تقدير اشتراط انقضاء الخيار و قد تقدم فى إجازة العقد الفضولى انه لو كان النقل و الانتقال حاصلا من حين الإجازة لما كان ذلك من خلاف مدلول العقد الذى أجراه الفضولى مع الأصيل.

و فيه ان أريد عدم كون النقل و الانتقال من حين تمام الإيجاب و القبول مدلولا للعقد و لو بإطلاقه فهذا غير صحيح قطعا لأن الإهمال فى العاقد الملتفت الى اعتبار الملك غير معقول و عدم تعليقها البيع على حصول أمر استقبالى أو الأمر- الماضى مقتضاه كون المبدء للملك المعتبر تمام العقد نعم للشارع إمضاء ذلك الملك على تقدير حصول أمر كحصول التقابض فى مجلس العقد فى بيع الصرف و لا- ينافى ذلك اعتبار المتعاقدين و لا يكون من تخلف العقود عن القصود لأن الإمضاء- الشرعى غير مقصود من ألفاظ الإيجاب و القبول بل المقصود منها الملك الذى يعتبره المتعاقدان و تخلفه عن القصود لم يحصل بل تعلق به الإمضاء على تقدير حصول أمر بنحو الشرط المقارن و هذا التقدير يحتاج الى قيام قرينه عليه و الا- فمقتضى الإطلاق فى مثل قوله سبحانه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲۰

و قد يستدل أيضا بالنبوى المشهور (۱).

أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وقوع الإمضاء بلا- تعليق و يأتى انه ليس فى أدلة الخيارات و غيره دلالة على التقييد فى الإمضاء بل فيها ما ينفى هذا التقييد كما ذكرناه فيما ورد فى بيع الخيار و بيع العينة و الأظهر فى الجواب عن صاحب الجواهر ان ما ذكره لا يزيد على التمسك بإطلاق دليل حل البيع.

(۱) و قد يستدل على مسلك المشهور بالنبوى المذكور فى كتب الفتوى من الفريقين من قوله (ص) الخراج بالضمان أى منافع الشىء تتبع ضمانه و إذا كان ضمان الشيء على شخص يكون منافعه له و إذا كان منافع الشىء ملكا له فيكون ذلك الشىء ملكا له ايضا و من الظاهر انه إذا كان الخيار مشتركا بينهما أو مختصا بالبائع يكون ضمان المبيع على المشترى فيكون منافعه له و ملكية المنافع له علامة كون نفس المبيع له و أجاب ره بأنه لم يظهر ان القائل بحصول الملك بانقضاء الخيار يتسلّم بان ضمان المبيع على المشترى ليقال بان منافعه ايضا له و بما انه يتبع ملكها ملكية العين فيكون علامة للثانى.

أقول مع انه لا يمكن الاعتماد على النبوى المزبور و ذكره فى بعض كتب أصحابنا لا يدل على الاعتماد عليه لإمكان ذكره تأييدا.

و العجب من المصنف ره من انه يتمسك بإطلاق حل البيع و يذكر انه العمدة فى إثبات النقل و الانتقال زمان الخيار مع انه التزم فى الرد على صاحب الجواهر قده بعدم كون مدلول البيع الملك من حينه فإنه إذا لم يكن ذلك داخلا فى مدلوله وضعا و إطلاقا فكيف يكون إمضائه دالا على كون الملك من حين البيع اللهم الا ان يقال الملكية مستفادة من حل التصرف بالبيع و مقتضى إطلاق حلية التصرف حصولها من حين البيع فيكشف الحلية من ذلك الحين عن حصول الملك الشرعى أيضا عندها كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲۱

و استدل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع زمان الخيار (۱).

(۱) یستدل علی القول الآخر بما ورد فی اخبار خیار الحیوان و شرط الخیار للمشتری من ان تلف المبیع فی زمان خیاره من بایعه و بضمیمة أن الخراج بالضمان یکون مقتضاه ان منافع المبیع أیضا للبائع و إذا کانت منافعه له یکون المبیع ایضا ملکا له.

و أجاب المصنف قده ان الشیخ قده یلتزم فی الخیار المختص بالمشتری بحصول النقل و الانتقال من حین البیع علی ما ذکره فی المبسوط فی باب الشفعة مع ان هذا الدلیل لا یجری إلّا فی الخیار المختص به. و علی کل حال فقد تقدم أدلة المشهور و ان العمدة فیها إطلاق حل البیع و هذا الدلیل المختص بصورة خیار المشتری اما ان یکون مقیدا لإطلاق حلّ البیع و المراد بالمشار إلیه الأخبار- الواردة فی ضمان البائع زمان خیار المشتری بضمیمة الخراج بالضمان أو تکون الأخبار المزبورة مخصصة لقاعدة الخراج بالضمان و لو وصلت النوبة الی الأصل العملی لعدم الترجیح لأحد التخصیصین یکون مقتضی الاستصحاب بقاء المبیع فی ملک البائع الا انه یتعین تخصیص ما دلّ علی تبعیة ضمان الشیء ملکه لوجوه عمدتها الشهرة المحققة المؤیدة بالإجماع المحکی عن السرائر.

أقول: لا حاجة إلی انضمام تلازم الضمان مع ملک العین بل- یمکن ان یدعی ان الاخبار الواردة فی الحدث زمان خیار الحیوان و الشرط ظاهرة فی عدم صیرورة المبیع ملکا للمشتری الا بعد انقضاء الخیار و فی صحیحة عبد اللّه بن سنان سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یشتری الدابة أو العبد و یشترط الی یوم أو یومین فیموت العبد أو الدابة أو یحدث فیه حدث علی من ضمان ذلک فقال علی البائع حتی ینقضی الشرط ثلاثة أیام و یصیر المبیع- للمشتری.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۲۲

....

و لکن لا- یخفی انه یتعین حمل مثلها علی صیرورة المبیع ملکا لازما لا أصل الملک و ذلک بقرینة صحیحة علی بن رئاب عن ابی عبد اللّه (ع) قال الشرط فی الحیوان ثلاثة أیام للمشتری اشترط أم لم یشترط فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثة أیام فذلک رضا منه فلا شرط قیل له و ما الحدث ان لا مس أو قبل أو نظر منها الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء فان ظاهرها جواز تصرف المشتری فی الأمة بعد الشراء بما کان یحرم قبله علی غیر المالک و مقتضی ذلک کونها بعد الشراء ملکا له و لو کان الملک حاصلا بنفس النظر و اللمس و التقبیل لکان الأنسب أن یقول ان ینظر الی ما کان یحرم علیه قبل ذلک لا قبل الشراء مع ان تحریم الشیء و جوازه بمجرد الشروع فی ارتکابه غیر معقول.

و الحاصل ظاهر هذه الصحیحة حصول الملک بالشراء و عدم اعتبار انقضاء الخیار فی حصوله لا بنحو النقل و لا بنحو الکشف و علی ذلک فلا- موجب لرفع الید عن إطلاق حل البیع بالالتزام بتوقف إمضائه علی انقضاء الخیار بل الخیار کما ذکرنا حکم لتمام البیع و یکشف عن ذلک قوله (ع) و صاحب الحیوان بالخیار إلی ثلاثة أیام و علی ذلک فلو تم النبوی المزبور سندا و دلالة علی تلازم ضمان العین مع ملکها فیرفع الید عن إطلاقه فی المقام کما رفعنا الید عنه فی ضمان الید و فی صورة التلف قبل القبض کما لا یخفی.

و قد یقال انه یستفاد من بعض الروایات عدم صیرورة المبیع ملکا للمشتری مع شرط الخیار له کمعتبرة السکونی عن ابی عبد اللّه (ع) ان أمیر المؤمنین (ع) قضی فی رجل اشتری ثوبا بشرط الی نصف النهار فعرض له ربح فأراد بیعه قال لیشهد انه قد رضیه فاستوجبه ثم لیبیعه ان شاء فان اقامه فی السوق و لم یبع فقد وجب علیه فإنه لو کان المبیع ملکا للمشتری بمجرد الشراء لما کان فی بیع المشتری إسقاط خیاره معتبرا فقوله

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۲۳

ثم ان مقتضی إطلاق ما تقدم فی عبارتی المبسوط و الخلاف (۱).

علیه السلام لیشهد انه قد رضیه فاستوجبه ظاهر فی اعتبار ذلک فی حصول الملک.

و لکن لا یخفی ما فیه فإنه لا دلالهٔ فی الروایهٔ علی عدم حصول الملک قبل انقضاء الخیار بل غایته عدم جواز ان یبیع ما اشتراه بخیار قبل إسقاط خیاره و یمکن ان یکون الوجه فی ذلک سقوط خیار الشرط بتصرف ذی الخیار فیما اشتراه فیما کان تصرفا ناقلا کما یفصح عن ذلک صحیحهٔ الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام انه سأل عن الرجل یبتاع الثوب من السوق لأهله و یأخذه بشرط فیعطی الربح فی أهله قال ان رغب فی الربح فلیوجب الثوب علی نفسه و لا یجعل فی نفسه ان یرد الثوب علی صاحبه ان ردّ علیه.

و لا یبعد الالتزام بذلک فی الخیار المشروط بل جمیع الخیارات بناء علی عدم احتمال الخصوصیهٔ فی شرط الخیار و خیار الحیوان کما لا یخفی و یحتمل ان یکون ذلک حکما استحبابیا کما عنون صاحب الوسائل قده الباب به فلا حظ.

(۱) تعرض قده لشرط الخیار المنفصل و ذکر ما حاصله ان ظاهر کلام الشیخ فی المبسوط و الخلاف انه لا یحصل النقل و الانتقال فی مورد خیار المجلس و خیار الشرط سواء کان الخیار المشروط متصلا أو منفصلا و اما إذا کان الخیار غیرهما کخیار العیب و الغبن و الرؤیهٔ فیحصل النقل و الانتقال بنفس البیع حیث خصص الشیخ قده فی المبسوط و الخلاف بما إذا کان البیع مشروطا و المراد بکون البیع مقیدا و مشروطا شرط الخیار فیه کما ان المراد بإطلاق البیع عدم اشتراط الخیار فیه و اما خیار المجلس فقد ذکر قده فی کلماته فی المبسوط و الخلاف لحوقه بخیار الشرط و الحیوان.

و المذکور فی کلمات الأصحاب أیضا فی عنوان الخلاف حصول الملک بالبیع أو بانقضاء الخیار و ظاهر الانقضاء کون الخیار زمانیا فلا یعم مثل خیار العیب و الغبن و الرؤیهٔ نعم خیار المجلس لا حق بخیاری الشرط و الحیوان کما صرح الشیخ قده بأن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۲۴

[مسألهٔ من أحکام الخیار کون المبیع فی ضمان من لیس له الخیار]

من أحکام الخیار کون المبیع فی ضمان من لیس له الخیار (۱).

الافتراق کانقضاء- الخیار فی لزوم العقد.

و قد صرح فی الدروس فی منشأ الخلاف ان التصرف فی زمان الخیار ممتنع و هذا لا یجری فی خیار العیب و نحوه حیث ان التصرف فی الخیارات المزبورهٔ قبل ظهور العیب و الغبن و رویهٔ المبیع علی خلاف ما وصف جائز فلا بد ان یلتزم الشیخ قده بحصول الملک فی مورد الخیارات المزبورهٔ بالعقد. و یفصح عن ذلک ما ذکره فی المبسوط من انه لو ظهر للمعیب نماء ثم ظهر عیبه فیرد المعیب دون نمائه و الحاصل احتمال ان الشیخ قده لا یلتزم بجواز التصرف قبل ظهور العیب و الغبن و الرؤیهٔ لا یلیق به کما ان التزامه قده بجواز التصرف قبل حصول الخیارات المزبورهٔ لحصول الملک قبلها و بعد حصول الخیار یزول الملک و یرجع المبیع الی ملک بایعه ایضا لا یلیق بشأنه قده.

أقول: لو بنی علی ان الخیار حق یتعلق بالعین و ان تعلقه به یمنع عن تصرف من علیه الخیار فیه فلا یجوز التصرف لمن علیه الخیار فی جمیع الخیارات و لو کان اعتبار الملک مع هذا المنع عن التصرف لغوا لما یحصل الملک الا بعد انتهاء الخیار و سقوطه من غیر فرق بین خیار و خیار آخر فان الخیار المزبور یکون کشرط الخیار المنفصل نعم لو استند فی منع حصول الملک بالاخبار فلا یحصل النقل و الانتقال فی خیاری المجلس و الحیوان و خیار الشرط فیما کان المبیع من قبیل الحیوان لا سائر المتاع کما تقدم فی الخیار المشروط فی بیع الخیار کما لا یخفی.

(۱) یقع الکلام فی المقام فی المسألهٔ المعروفهٔ فی ان التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له و یستفاد من کلماتهم فیها ان فی عموم هذه القاعدهٔ و عدم عمومها أقوال:

الأول: ان هذا الحكم يختص بخيار الحيوان و خيار الشرط فيما كان الخيار المشروط فى شراء الحيوان أو غيره متصلا بالعقد أم منفصلا.

الثانى: كون الحكم كذلك فيما كان الخيار المشروط فى شراء الحيوان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲۵

....

الثالث: ان الحكم يجرى فى خيارى الحيوان و الشرط سواء كان الخيار المشروط للبائع أو للمشترى و فى خيار المجلس فيما كان الخيار مختصا بأحد المتعاقدين كما إذا شرط عدم خيار المجلس للبائع أو للمشترى و يظهر من المصنف ره اختيار ذلك.

الرابع، ان الحكم يجرى فى كل الخيارات فيما إذا اختص الخيار بأحد المتبايعين سواء كان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا.

و العمدة فى وجه الاختلاف ملاحظة ما يستفاد منه الحكم فإنه قيل يستفاد مما ورد فى خيارى الحيوان و الشرط ان البيع فيما لم يكن لازما لأحد المتعاقدين بحيث يمكن له إرجاع المال الى من انتقل عنه يكون ضمان تلفه على من انتقل عنه و فى صحيحة عبد اللّه بن سنان عن الرجل يشترى الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشترى فإن ظاهرها ان انتقال الضمان إلى المشترى فيما كان الشراء المزبور لازما عليه و فى ذيل هذه الصحيحة على رواية الشيخ قده و ان كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك فى يد المشترى قبل ان ينقضى الشرط فهو من مال البائع و هذا الذيل يعم ما إذا كان شرط الأيام منفصلا عن العقد بل يعم شراء غير الحيوان ايضا لرجوع ضمير بينهما إلى البائع و المشترى لا الى خصوص مشترى الحيوان و بايعه.

و الحاصل قد يقال ان المستفاد من الصحيحة ان الملاك فى ضمان المبيع على بايعه عدم صيرورته ملكا لازما للمشترى و يجرى ذلك فى جميع الخيارات فإنه ان كان المراد بالشرط مطلق الخيار فالأمر واضح و هذا ظاهر الدروس و قبله السرائر و غيرها و قد تصدى المصنف قده لنقل كلمات الأصحاب. فى المقام لاستظهار القول بعموم القاعدة و عدم عمومها و لكن ناقش فى استظهار عموم القاعدة من الصحيحة بأنها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲۶

....

لا تعم غير خيار الحيوان و الشرط نعم يدخل فيها خيار المجلس فيما إذا اختص بأحدهما لأنه قد أطلق الشرط بخيار المجلس ايضا كما فى صحيحة الفضيل عن ابى عبد اللّه «ع» قلت: له ما الشرط فى غير الحيوان قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.

أقول: عمدة ما استظهر من كلامه عموم القاعدة الشهيد ره فى الدروس و اللمعة حيث قال ره فى أحكام القبض و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض إذا لم يكن له خيار فان مقتضى التقييد بما إذا لم يكن للقابض خيار ان مع الخيار له لا ينتقل الضمان و لكن لا يخفى انه لو أخذ بهذا الظهور يكون مقتضاه عدم ضمان القابض مع الخيار له سواء كان لصاحبه ايضا خيار أم لا فيعم موارد خيار المجلس و ما إذا باع المعيب مع جهل المشترى بالعيب- بأقل من القيمة السوقية بحيث يكون للبائع خيار الغبن و للمشترى خيار العيب.

و كذا استظهر العموم من كلام المحقق الثانى فى توجيه القيد من كلام العلامة حيث ذكر العلامة انه لو ماتت- الشاة المصراة أو الأمة المدلّسة فلا شىء للمشترى يعنى لا يستحق المشترى مطالبة البائع بشىء لا بأخذ الثمن و لا الأرش فيكون الحاصل انه لا ضمان على البائع فى موت الشاة المصراة و لا فى موت الأمة المدلسة.

اما عدم استحقاق الأرش فظاهر لأن الأرش يختص بموارد خيار العيب و لا يجرى فى موارد خيار التدليس حيث ان التدليس إيهام وصف كمال فى المبيع مع عدم وجوده فيه.

و اما عدم استحقاق الثمن فلا بد من ان يفرض الموت فى غير زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشترى حيث ان كلام العلامة ناظر الى عدم ضمان البائع بالتدليس لا نفى ضمانه بخيار آخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲۷

....

و قال العلامة عقيب ذلك و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس اى لا يكون شيء للمشترى فيما إذا تعيبت الأمة المدلسة عنده قبل علمه بالتدليس و أورد المحقق الثانى بأنه لا وجه لتقييد عدم ضمان البائع بما إذا كان تعيب الأمة قبل علم المشترى بكونها مدلسة بل لو تعيبت بعد علمه بالتدليس فلا يضمن البائع أيضا الا ان يقال مع علمه بالتدليس يثبت له خيار التدليس فيكون- التعيّب زمان خياره فلا يكون مضمونا عليه بل يكون مضمونا على بايعه و لكن لم أظفر فى كلام المصنف و غيره ان يكون على البائع ضمان تلف المبيع فى زمان خيار التدليس للمشترى.

و لكن لا يخفى انه ينبغى استظهار عموم قاعدة ان التلف أو التعيب فى زمان الخيار ممن لا خيار له من التقييد فى كلام العلامة لا من توجيه المحقق الثانى فإن توجيهه لا يزيد الا كون العموم قولا للعلامة مع انه لا وجه للعلامة ره تقييد عدم ضمان البائع تعيّب الأمة المدلّسة بما إذا كان قبل علم المشترى بالتدليس و إطلاق عدم ضمان البائع موت الشاة المصراة و الأمة المدلّسة.

و كيف ما كان فما ذكره فى مفتاح الكرامة من ان قولهم التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها لا يمكن المساعدة عليه فان الناظر فى كلماتهم يرى عدم التسالم عليها بل ادعى الإجماع على ان حدوث العيب الجديد فى يد المشترى يمنع عن الفسخ بالعيب القديم و يبقى المطالبة بالأرش من غير فوق بين حدوث العيب الجديد بعد العلم بالقديم أو قبله بل على تقدير التسالم ايضا فلا يمكن الاعتماد عليه. لانه لم يظهر من كلماتهم فى مدرك القاعدة غير الاخبار المشار إليها و استفادة القاعدة الكلية منها مشكل جدا فان قوله (ع) حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشترى غاية لضمان البائع موت العبد أو الدابة أو حدوث العيب و- النقص فى أحدهما و هذا لا يعم غير خيار الحيوان للمشترى و التعدى إلى سائر الخيارات حتى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۲۸

و اما عموم الحكم للثمن و المثمن (۱).

خيار المجلس بلا وجه فان خيار المجلس و ان أطلق عليه الشرط الا انه ليس ثلاثة أيام كما لا يخفى.

و اما ما فى ذيل صحيحة عبد اللّه بن سنان من قوله (ع) و ان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك فى يد المشترى قبل ان- يمضى الشرط فهو من مال البائع فغايته انه يعم شرط الخيار متصلا أو منفصلا للمشترى و الضمير فى بينهما يرجع الى مطلق البائع و المشترى لا بايع العبد أو الدابة و مشتريهما.

لا يقال، هذا الذيل يعم ما إذا كان الخيار المشروط لكل من البائع و المشترى لو لم نقل بمشموله لما إذا اختص الخيار للبائع فلا يمكن حمله على ما اختص المشترى بالخيار.

فإنه يقال: ظاهر الذيل وحدة الخيار- المشروط و الا لكان الأنسب التعبير بان كان لهما شرط فيكون الخيار المشروط للمشترى بقرينة ان الموجب لانتفاء- ضمان البائع انقضاء الشرط للمشترى كما هو ظاهر الموثقة عبد الرحمن عن رجل إلخ.

(۱) ذكر قده ما حاصله كما ان ضمان تلف المبيع بيد المشترى زمان خياره على البائع كذلك ضمان تلف الثمن بيد البائع زمان خياره

علی المشتری و الوجه فی ذلک ما یستفاد مما ورد فی خیار الحیوان ان ضمان التلف قبل القبض لا یرتفع بالقبض عن الضامن فیما کان المقبوض ملکا غیر لازم لقابضه بحیث یمکن له سلبه عن نفسه و هذا الملاک یجری فی ناحیهٔ الثمن کما کان فی ناحیهٔ المثمن و لو أغمض عن ذلک و فرضنا الشک فی بقاء ضمان الثمن علی المشتری الی ما بعد القبض فیجری الاستصحاب فی ناحیهٔ بقاء ضمانه الذی کان ثابتا قبل القبض.

لا یقال: الثمن فی الفرض ملک للبائع و قد تلف فی یده و ضمان شخص آخر ذلک الثمن خلاف قاعدهٔ الخراج بالضمان فان خراج الثمن المزبور للبائع فیکون ضمانه ایضا علیه فلا تصل النوبهٔ إلی التمسک بالاستصحاب.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۲۹

....

فإنه یقال: هذا الضمان لا یخالف تلک القاعدهٔ فإن معنی هذا الضمان رجوع الثمن عند تلفه الی ملک المشتری فیتلف ملکا له و کما ان الثمن زمان تلفه فی ضمان المشتری و کذلک خراجه بل و عینه ایضا ملکه کما هو الحال فی تلف المبیع زمان خیار المشتری نعم استصحاب بقاء ضمان الثمن علی المشتری الی ما بعد قبض البائع مخالف لاستصحاب بقاء العقد و عدم انحلاله بتلف الثمن بید بائعه الذی یکون له خیار الشرط أو خیار المجلس بل خیار الحیوان الا ان استصحاب بقاء الضمان الثابت قبل القبض الی ما بعده حاکم علی استصحاب عدم انفساخ العقد کحکومهٔ استصحاب ضمان الید علی أصالهٔ عدم اشتغال من تلف المال بیده بالمثل أو القیمهٔ.

أقول: استصحاب بقاء الضمان قبل القبض من- الاستصحاب فی الشبهٔ الحکمیهٔ فلا اعتبار به و علی تقدیر اعتباره فیها و القول بان الضمان فی نفسه أمر اعتباری لا یدخل استصحابه فی الاستصحاب التعلیقی فلا ریب فی انه لا تصل النوبهٔ إلی استصحاب الضمان لا لان استصحاب عدم الانفساخ ینافیه لما تقدم من ان معنی الضمان هو ان تلف الثمن بید المشتری کان مع الانفساخ و کذلک بعد قبض البائع فیکون التشبث باستصحاب عدم الانفساخ من الأخذ بالاستصحاب المسببی مع الأصل السببی- بل لعدم وصول النوبهٔ إلی استصحاب بقاء ضمان الثمن علی المشتری لعدم المورد للاستصحاب فی المقام أصلا لأن المرجع عند الشک فی تلف الثمن فی ید البائع الذی له الخیار إطلاق حل البیع و إمضائه نظیر قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ فان مفاد الإطلاق إمضاء البیع إلی الأبد و ما دل علی الخیار و ضمان التلف قبل القبض و ضمان البائع تلف المبیع إلخ هو ان الإمضاء الی ان یقع الفسخ من ذی الخیار أو الی ان یقع التلف قبل القبض أو الی ان یتلف المبیع بید المشتری الذی کان له- الخیار و یبقی باقی الصور تحت الإطلاق.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۰

ثم ان ظاهر کلام الأصحاب و صریح جماعهٔ منهم (۱).

لا- یقال، هذا التمسک مبنی علی جواز- التمسک بالعام فیما ورد علیه مخصص فی زمان و شک بعد ذلک الزمان فی حکم الفرد الخارج.

فإنه یقال: لیس ما نحن فیه من صغریات تلک الکبری و ان کان الصحیح فی ذلک البحث ایضا جواز التمسک بالعام حتی ما لو کان حکم افراد العام استمراریا و الوجه فی عدم دخول المقام فی تلک الکبری ان البیع المفروض فی المقام لم یکن- خارجا عن خطاب الإمضاء سابقا لعدم وقوع تلف الثمن قبل القبض کما لا یخفی.

و یبقی فی البین دعوی انه یستفاد من صحیحهٔ عبد اللّه بن سنان المناط فی الضمان المعاملی و لکن قد تقدم انه لا یستفاد منها الا ضمان البائع تلف المبیع بید المشتری فیما کان له خیار الحیوان أو الشرط.

ثم بناء علی ان تلف الثمن فی زمان خیار البائع علی المشتری انه لو تلف الثمن بید البائع فی بیع الخیار فعلی المشتری ان یرد المبیع

إلی بائعه و هذا فیما کان الثمن شخصیا و اما إذا کان کلیا و تلف الفرد المقبوض بید البائع فلا یکون هذا التلف موجبا لانحلال البیع لأن تلف المقبوض من ملک المشتری لا- یلازم الانفساخ فی البیع بل یکفی فیه انحلال القبض فیستحق البائع المطالبة بفرد آخر و یجری ذلک فیما إذا کان المبیع کلیا و قبض المشتری فردا منه و تلف ذلک الفرد فی زمان خیاره و الحاصل ان الالتزام بالانحلال فی العقد- لتصحیح وقوع التلف علی مال غیر ذی الخیار و هذا یحصل بالانحلال فی القبض و لو شک فی انحلال البیع فی هذه الصورة فالمرجع إطلاق دلیل الإمضاء و لا أقل فی استصحاب بقاء البیع.

(١) المراد من کون ضمان تلف المبیع فی زمان خیار المشتری من بایعه علی ما تقدم انحلال البیع عند تلفه لیقع التلف فی ملک البائع فیرجع الثمن الی ملک المشتری و لو کان للمبیع نماء الی زمان تلفه فالنماء للمشتری کما ان نماء الثمن الی ذلک

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۱

....

الزمان للبائع و لیس المراد من ضمان البائع ضمان التلف فی الید بان یصح البیع حتی بعد تلف المبیع بحیث یکون للمشتری فسخه- بالخیار فیرجع الی البائع بالثمن أو یبقی البیع بحاله فیرجع الی البائع ببدل المبیع مثلا، أو قیمة.

و الوجه فی کون ضمان البائع علی النحو الأول مضافا الی کونه ظاهر کلمات الأصحاب من ان التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له، انه لم یعهد ان یتلف مال مالک فی یده و یکون خسارته علی غیره.

و بتعبیر آخر الملازمة- بین کون شیء ملکا لشخص و ذهابه عن کسیه عند تلفه فی یده و مقتضی قاعدة الخراج بالضمان و أن کون شخص مالکا لعین یلازم ضمانها- ان یکون المبیع عند تلفه فی ید المشتری غیر مملوکة له بل تکون مملوکة لبائعها و لا یکون هذا الا بانحلال البیع عند تلفها.

أقول: لا ینبغی التأمل فی ان معنی الضمان قبل القبض هو الضمان المعاملی أی انحلال البیع بتلف قبل قبضه فان ظاهر معتبرة عقبة بن خالد عن ابی عبد اللّه (ع)، وقوع تلفه فی ملک بایعه قال فی رجل اشتری متاعا من رجل و أوجبه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غدا إنشاء اللّه تعالی فسرق المتاع من مال من یکون قال- من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و کذا الضمان فی زمان الخیار کما هو ظاهر مرسلة حسن بن علی بن رباط عمن رواه عن ابی عبد اللّه (ع) قال: ان أحدث فی الحیوان قبل ثلاثة أیام فهو من مال البائع بل ظاهر صحیحة عبد اللّه بن سنان و غیرها أیضا فإن المتفاهم منها ان الضمان المنفی عن المشتری هو الذی یثبت علیه بعد انقضاء الخیار- و من الظاهر ان الضمان الثابت علی المشتری بعد انقضاء خیار الحیوان هو الضمان المعاوضی ففی موثقة عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه لیس علی الذی اشتری حتی ینقضی الشرط و فی روایة عبد اللّه بن الحسن بن زید عن أبیه قال: یستخلف باللّه ما رضیه ثم هو

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۲

و العبارة محتاجة إلی التأمل (١).

و ربما یحتمل ان معنی قولهم ان التلف ممن لا خیار له (٢).

بریء من الضمان و هذا هو العمدة و الا فمقتضی إطلاق الإمضاء حتی بعد تلف المبیع زمان خیار المشتری تعیّن ضمان التلف مع عدم فسخ ذی الخیار و لو فرض تعارض هذا الإطلاق مع قاعدة التلازم بین الضمان و الملک فیرجع الی استصحاب بقاء البیع و الخیار و تکون النتیجة ضمان التلف کما لا یخفی.

(١) وجه التأمل فإن الشهید ره ذکر فی أول کلامه ان البائع إذا فسخ البیع فی صورة تلف المبیع بید المشتری یرجع الیه ببدل المبیع

فیما إذا لم یکن ضمان و مفهوم القید ان البائع الفاسخ إذا کان علیه ضمان فلیس له مطالبة البدل من المشتری.

و لکن لا یخفی انه لا یتصور کون البائع ذا خیار و ان یکون علیه ضمان تلف المبیع بید المشتری هذا أولا و ثانیا ذکر فی آخر کلامه انه إذا کان- للمشتری خیار و تلف المبیع بید بایعه قبل قبضه یبطل البیع و لا یفید إیجاب المشتری أی إمضائه فی تضمین البائع بالمثل أو القیمة ثم ذکر انه إذا تلف المبیع بید المشتری زمان خیاره ففی انسحاب الحکم الثابت قبل القبض بان لا یفید إیجاب المشتری فی تضمین البائع بالمثل أو القیمة إشکال مع انه ذکر فی أول کلامه انه إذا تلف المبیع بعد قبض المشتری لا یبطل البیع و لا خیار- المشتری.

(۲) المحتملات فی ضمان التلف فی زمان الخیار خمسة الأول: ما اخترناه من انحلال البیع و إتلاف المبیع فی ملک بایعه.

الثانی: ما عن ظاهر الدروس من کون المشتری مخیرا بین فسخ البیع الرجوع الی ثمنه و إبقاء البیع و مطالبة البائع بالبدل.

الثالث: کون المشتری مخیرا بین الفسخ و استرداد ثمنه و بین إبقاء البیع و إیجابه فیتخیر فی صورة الإبقاء بین المطالبة بالبدل و بین المطالبة بالثمن.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۳

ثم ان الظاهر ان حکم تلف البعض حکم تلف الکل (۱).

الرابع: فسخ البیع و استرداد الثمن و إبقاء البیع و المطالبة بالثمن.

الخامس: انه إذا فسخ البیع یسترد الثمن و الا فلا شیء له و غیر الأول من المحتملات ینافیها إطلاق ما دل علی ان الحدث بعد انقضاء زمان خیار المشتری علیه و قبله علی البائع علی ما تقدم تقریره.

(۱) لو اشتری حیوانین بصفقة واحدة و تلف أحدهما زمان خیار المشتری یتبعض البیع فیرجع المشتری الی البائع بما یقع من الثمن بإزاء الحیوان التالف و یحصل له خیار التبعض ایضا بالإضافة إلی الحیوان الآخر و بتعبیر آخر یکون تلف أحدهما فی زمان الخیار کتلفه بید- بایعه قبل القبض و کذا لو اشتری حیوانا و قبضه و حصل فیه عیب فی زمان خیاره یکون ذلک کحدوث العیب فیه بعد البیع بید بایعه قبل القبض فی کونه موجبا لفسخ المشتری بالعیب و المطالبة بالأرش.

و لو لم یعلم المشتری بحدوث العیب بیده الا بعد انقضاء خیار الحیوان أو الشرط کان له الفسخ بالعیب الحادث.

و دعوی تعین الأرش فی هذه الصورة لأن الشرط فی جواز الفسخ بالعیب بقاء المبیع علی ما کان علیه عند الشراء لا یمکن المساعدة علیها لان المعتبر فی جواز الفسخ بقاء المبیع بحاله مع قطع النظر عن العیب الموجب لجواز الفسخ.

ثم ان التلف فی زمان الخیار الموجب لانفساخ المعاملة ما إذا کان بآفة سماویة و یدخل فی هذه الافة حکم الشارع بتلف المبیع کحکمه- علی العبد المشتری بالانعتاق بصیرورته مقعدا أو أعمی و اما إذا کان التلف بفعل المشتری یکون ذلک موجبا للزوم البیع و سقوط خیار الحیوان بل خیار الشرط ایضا علی وجه و اما إذا کان التلف بفعل البائع فلا یوجب إتلافه زمان خیار المشتری بطلان البیع کما هو الحال کذلک فی إتلافه قبل قبض المشتری فیکون للمشتری فسخ المعاملة و الرجوع بثمنه و بین إبقاء

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۴

و ان کان بإتلاف أجنبی تخیّر ایضا (۱) و هل یرجع بالقیمة إلی المتلف (۲).

البیع بحاله و مطالبة- البائع ببدل المبیع مثلا أو قیمة.

(۱) ذکر قده انه لو کان تلف المبیع زمان خیار المشتری بفعل الأجنبی یکون الأمر کذلک فیتخیّر بین فسخ البیع و استرداد ثمنه و بین إبقاء البیع و مطالبة الأجنبی المتلف بالمثل أو القیمة و لکن لا یخفی ما فیه فان إتلاف الأجنبی من تلف المبیع سواء کان ذلک قبل

قبض المبیع أو زمان خیار الحیوان أو الشرط للمشتری و قد ذکر سلام اللّه علیه فی معتبرة عقبة بن خالد سرقة المبیع فی ید بایعه من تلفه قبل القبض و ما فی صحیحة عبد اللّه بن سنان و غیره من الحدث فی الحیوان فی ثلاثة أیام یعم التلف بفعل الأجنبی نعم یکون المشتری مخیرا بین الفسخ و استرداد ثمنه و بین إبقاء البیع و مطالبة المتلف بالکسر بالبدل فی سائر الخیارات التی لا یکون فیها ضمان المبیع علی بایعه کما فی خیار الغبن أو المجلس و نحوهما و یجری فی المقام ایضا بناء علی عدم ضمان البائع إتلاف الأجنبی کما هو الفرض.

(۲) إذا فسخ المشتری البیع و استرد ثمنه یقع الکلام فی رجوع البائع فهل یرجع الی المتلف بالکسر ببدل المبیع أو یرجع الی صاحب الخیار الفاسخ أو یتخیر فی الرجوع الی کل منهما وجوه و قوله قده و هل یرجع ح بالقیمة إشارة الی هذا الخلاف.

و قد ذکر فی وجه رجوع البائع إلی المتلف بالبدل أمران: أحدهما: ان بدل العین التالفة بذمة المتلف فیملک البائع المفسوخ علیه ذلک البدل بالفسخ.

ثانیهما: ان تلف العین و ان حصل حال کونها ملکا للفاسخ أی المشتری الا انه بعد الفسخ یعتبر عود تلک العین إلی البائع قبل تلفها بناء علی ان المعتبر فی الضمان اعتبار زمان التلف أو تعتبر العین التالفة ملکا للمفسوخ علیه عند الفسخ بناء علی ان الاعتبار فی الضمان بیوم الفسخ و علی کلا التقدیرین یکون البدل بذمة المتلف بالکسر للبائع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۵

....

کما لو کانت العین بید الأجنبی باقیة عند فسخ ذی الخیار فإنه کما تکون تلک العین مع بقائها ملکا للبائع کذلک بدلها مع تلفها بفعل الأجنبی.

أقول: فی ملک الفاسخ فی قوله لرجوع العین قبل تلفها فی ملک الفاسخ متعلق بالتلف لا بالرجوع و للفاسخ فی قوله ملکا تالفا للفاسخ سهو و الصحیح للمفسوخ علیه.

و ذکر فی وجه الرجوع الی صاحب الخیار أی الفاسخ انه إذا رجع الثمن الی ملک ذی الخیار المفروض تلف العین فی ملکه یلزم خروج بدل المثمن عن ملک صاحب الخیار و مقتضی خروجه عن ملکه ثبوت البدل علی ذمته لان ضمان المال التالف و خروجه الی ملک الغیر بمعنی ثبوت بدله علی الذمة و هذا هو المراد من قوله لان ضمان المتلف بالفتح محله الذمة لا ضمان الأمور الخارجیة أی الأعیان الخارجیة الغیر التالفة فإن ضمانها لیس بمعنی الثبوت علی العهدة.

لا یقال: بدل العین التالفة کان ثابتا علی ذمة المتلف بالکسر قبل الفسخ فیدخل بالفسخ ذلک البدل فی ملک البائع و بتعبیر آخر ذلک البدل المملوک لصاحب الخیار یرجع الی البائع فی مقابل رجوع الثمن الی ملک صاحب الخیار الفاسخ.

فإنه یقال: البدل علی ذمة المتلف بالکسر قد تشخّص قبل الفسخ ملکا لصاحب الخیار المفروض کونه مالکا للعین عند تلفها- فیکون ذلک البدل نظیر ما باع المشتری المتاع فی زمان خیار البائع من ثالث و أخذ الثمن من ذلک الثالث أو کان الثمن علی عهدة الثالث فلا یحق للبائع بعد فسخه المطالبة بذلک الثمن بل یکون علی المشتری الأول بدل ذلک المتاع مثلا أو قیمة.

و بتعبیر آخر البدل علی عهدة المتلف بالکسر یترتب علیه البدلیة فی التلف خاصة لا البدلیة عن العین التالفة فی جمیع جهاتها و لو کانت- العین باقیه بید الأجنبی کانت راجعة إلی ملک بائعها بفسخ ذی الخیار فلا یکون مع تلفها البدل الثابت علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۶

[مسألة من أحکام الخیار ما ذکره فی التذکرة فقال لا یجب علی البائع]

من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع (١).

عهدة المتلف- بالكسر مثل العين من هذه الجهة أيضا.

و الحاصل لا يكون ما على عهدة المتلف بدلا خارجيا عن العين ليترتب عليه ما كان مترتبا على العين مع بقائها و على ذلك فإذا فسخ صاحب الخيار البيع يعتبر رجوع العين قبل ان تتلف حال كونها مضمونة لذى الخيار على متلفها الى ملك المفسوخ عليه فيكون العين التالفة بالنحو المزبور على عهدة ذى الخيار فيثبت بدلها على ذمته و لا يكون على عهدة المتلف بالكسر بالإضافة إلى بائعها بدل.

أقول: مما ذكر فى توضيح العبارة يظهر ان الصحيح ابدال ملك الفاسخ فى عبارته مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة فى ملك الفاسخ بملك المفسوخ عليه.

و ذكر فى وجه الثالث: ان يد الفاسخ يد ضمان بالبدل بعد الفسخ كما ان إتلاف الأجنبى أيضا موجب للضمان فيجوز للبائع الرجوع الى كل منهما بنحو التخيير.

أقول: قد ظهر ايضا ان الصحيح ابدال يد المفسوخ عليه بيد الفاسخ. ثم قال و أضعف الوجوه أخيرها و لكن لا يخفى أنه أتمها و ذلك فان يد المشترى فى زمان خياره فى مفروض الكلام يد ضمان غاية الأمر ان الضمان على تقدير بقاء البيع معاوضى و على- تقدير فسخه ضمان يد و إتلاف الأجنبى موجب لكونه مديونا بالبدل لمن يعتبر العين التالفة عند إتلافها ملكا له و كان- يعتبر قبل الفسخ انها عند إتلافها ملكا للمشترى و بعد الفسخ يعتبر انها عند إتلافها ملكا للبائع مع كون اليد المشترى عليها يد ضمان فيجوز- للبائع الرجوع الى كل منهما كما هو الحال فى تعاقب الأيدى غاية الأمر استقرار الضمان على المتلف و يشهد لذلك انه لا يستحق المشترى مطالبة المتلف بالبدل فيما إذا فسخ البيع و استرد الثمن و ابرء البائع ذمة المتلف أو ذمة المشترى عن البدل فلاحظ و تدبر.

(١) ذكر العلامة فى التذكرة انه لا يجب على المتبايعين تسليم ما لصاحبه و لو تبرع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج‌۴، ص: ۵۳۷

....

أحدهما بالتسليم لا- يجب على الآخر التسليم و يجوز- للمتبرع استرداد ما سلمه الى الآخر سواء كان الخيار له أو للآخر و نقل عن بعض الشافعية انه لا يجوز للمتبرع الاسترداد بل على الآخر التسليم و ان امتنع يجوز للمتبرع اخدما انتقل اليه و لو مع عدم رضاه كما لم يكن البيع خياريا.

و ذكر المصنف (ره) انه يظهر من كلام العلامة ان الخلاف بين المسلمين انما هو فى وجوب التسليم بعد اختيار أحدهما التسليم و اما التسليم ابتداء فلا يجوز على ذى الخيار بالاتفاق.

أقول: ما لا يخفى ما فى الاستظهار من التهافت فان حصر الخلاف فى وجوب التسليم بما إذا اختار أحدهما التسليم معناه الاتفاق على عدم وجوب التسليم ابتداء لا على ذى الخيار و لا على صاحبه فيكون منافيا لتخصيص الإجماع على عدم وجوب التسليم ابتداء بذى الخيار.

و كيف ما كان فان قيل بعدم حصول النقل و الانتقال زمان الخيار يكون الأمر كما ذكره فى التذكرة و اما على القول بحصولهما بالعقد فقد يقال ان الخيار على تقدير كونه حقا متعلقا بما انتقل عنه- لا يجب على ذى الخيار التسليم كما لا يجب على صاحبه أيضا لأن امتناع كل منهما على تقدير امتناع الآخر شرط ارتكازى نعم لو تبرّع ذو الخيار بالتسليم يجب على صاحبه ايضا التسليم.

و فيه أوّلا ان الخيار حق متعلق بالعقد فيكون لذى الخيار فسخه و لا يتعلق الحق بما انتقل عنه.

و ثانيا على تقدير كون الحق متعلقا بالعين فأيضا لا يجوز الإمساك بما انتقل عنه فان متعلق الحق استرداد تلك العين لا بالإمساك بها.

و بتعبیر آخر لا وجه لرفع الید عن مقتضی عدم حل مال الغیر بغیر طیبهٔ نفسه فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۸

[مسألهٔ قال فی القواعد لا یبطل الخیار بتلف العین]

قال فی القواعد لا یبطل الخیار بتلف العین (۱).

موارد الخیارات فإن الإمساک بمال الغیر بغیر رضا صاحبه داخل فی العموم المزبور.

نعم إذا کان الإمساک لامتناع صاحبه عن التسلیم جاز لما أشرنا إلیه من ان حق کل منهما بالإمساک بمال الآخر ما دام صاحبه ممسکا بماله شرط ارتکازی فی جمیع البیوع الحالیهٔ.

و ذکر النائینی قده انه لا- یجب علی ذی الخیار التسلیم و ان اختار صاحبه التسلیم بخلاف ما إذا تبرع ذو الخیار بالتسلیم فإنه یجب التسلیم علی الآخر و علّل ذلک بعدم وجوب الوفاء بالعقد علی ذی الخیار و مقتضی جواز نقضه عدم التزامه بتسلیم ما بیده ما دام الخیار فیکون سلطنهٔ صاحبه بذلک المال مضیقهٔ.

و فیه ان جواز نقض العقد- بالفسخ لا یرتبط بالتسلیم و عدم الالتزام بالتسلیم لو فسخ البیع قبله لا ینافی لزوم التسلیم ما دام لم یفسخ.

(۱) ینبغی ان یرادان الموارد التی لا- ینحل البیع فیها بتلف العین لا- یبطل الخیار ایضا بتلفها و اما مع انحلال البیع کما فی تلف المبیع قبل القبض أو تلفه زمان خیار الحیوان و الشرط للمشتری فبانحلال البیع بتلف المبیع لا یبقی مورد للخیار و ما ذکر صحیح لان الخیار حق یتعلق بالعقد و إذا فسخه ذو الخیار یرجع صاحبه الیه بالبدل مثلا أو قیمهٔ کما یرجع هو الی صاحبه بالبدل لو کان ما انتقل عنه هو التالف هذا فی غیر مورد قیام النص بأنه لا- ینفذ الفسخ مع عدم بقاء العین کما فی خیار العیب حیث دل النص علی ان عدم بقاء المعیب بید مشتریه بحاله یعیّن أخذ الأرش و قد ذکر المصنف قده انه یشکل الفسخ بعد تلف العین فی موارد:

الأول: ما إذا کان الخیار لضرر الصبر علی العین کما فی خیاری العیب و التدلیس.

الثانی: ما إذا کان مقتضی الدلیل جواز ردّ العین کما ذکر ذلک فی مسئلهٔ ظهور

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۳۹

[مسألهٔ لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونهٔ]

لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونهٔ (۱).

کذب البائع بعد تلف المبیع فی بیعه مرابحهٔ.

الثالث: ما إذا کان الغرض من شرط الخیار تمکن ذی الخیار علی استرداد نفس العین کما فی بیع الشرط فإنه یمکن القول بأنه لا یجوز لبائع العین الفسخ بعد تلفها بید المشتری و کذا فی کل مورد کان تصریح المتبایعین أو ظاهرهما عدم الغرض من شرط الخیار الّا رد العین و استردادها.

أقول: إذا کان المشروط فی البیع هو الخیار و لکن مع بقاء العین لا مطلقا فالمتبع شرطهما و لا ینبغی الریب فی عدم الخیار مع تلفها و اما إذا کان المشروط هو الخیار فقط أو کان الخیار بلا قید- مدلول النص کما فی خیار المجلس و نحوه فلا وجه لسقوط الخیار بتلف العین و مجرد کون الحکمهٔ فی جعل الخیار التمکن علی استرداد العین أو تدارک الضرر أو کون الداعی إلی اشتراطه استردادها لا

یوجب اختصاص الخیار بصورهٔ بقائها.

و مما ذکر یظهر الحال فی بیع الخیار و انه لا یتفاوت فی جواز الفسخ بین بقاء العین و عدمه.

(۱) لو فسخ البیع بالخیار أو بالإقالهٔ فالعین التی یرجع الی ملک صاحب ذی الخیار مضمونهٔ بید ذی الخیار بضمان الید فان الید علی مال الغیر مع عدم کون ذی الید أمینا بجعل مالک المال أو بجعل الشارع یوجب الضمان کما ذکرنا ذلک فی مدرک ضمان الید من استقرار سیرهٔ العقلاء من المتشرعهٔ و غیرهم و یقتضیه عموم حدیث علی الید و من الظاهر ان مجرد الفسخ لا یجعل المال امانهٔ بیده سواء کان یده علی ذلک المال مضمونا بضمان معاملی قبل الفسخ أو لم یکن کما إذا فسخ مشتری الحیوان الشراء ثم تلف الحیوان بیده.

و بتعبیر آخر الضمان فی المقام نظیر ضمان المقبوض بالسوم ضمان ید و الموجب له

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۴۰

[القول فی النقد و النسیهٔ]

اشارهٔ

ینقسم البیع باعتبار التأخیر و التقدیم (۱)

[مسألهٔ إطلاق العقد یقتضی النقد]

إطلاق العقد یقتضی النقد (۲).

عدم کون الید علی مال الغیر ید أمانهٔ مالکیهٔ کانت أو شرعیهٔ و کذا الحال فی تلف المال بید غیر ذی الخیار فان تلفه علیه سواء کان التلف قبل الفسخ أو بعده.

و یمکن ان یستدل علی ذلک بقوله (ع) فی ذیل روایهٔ ضمان البائع قبل القبض إذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله إلیه فإن ضمان الحق قبل الفسخ هو الثمن المسمی و بعده نفس العین مع بقائها و بدلها مع تلفها و بتعبیر آخر هذا الذیل یعم زمان الخیار و بعده و قبل الفسخ و بعده.

(۱) ذکروا للبیع أربعهٔ أقسام بیع الحاضر بالحاضر و لیس المراد بالحاضر خصوص العین الخارجیهٔ الموجودهٔ بل یعم الکلی علی العهدهٔ حالّا و بیع المؤجل بالمؤجّل و یعبّر عن ذلک ببیع الکالی بالکالی أی النسیئهٔ بالنسیئهٔ و الکالی من الکلاء و بمعنی التأخیر و قد ورد النهی عنه فی روایات مخالفینا و ما ورد فی روایاتنا من النهی عن بیع الدین بالدین یأتی بیان المراد منه و بیع الحاضر بالمؤجل و یعبّر عن ذلک بالبیع نسیئهٔ و بیع المؤجل بالحاضر و یعبّر عن ذلک ببیع السّلم.

(۲) إطلاق العقد یقتضی کون الثمن کالمثمن حالّا المعبّر عن ذلک ببیع النقد فیکون للبائع مطالبهٔ المشتری بالثمن مع استحقاقه- و یحصل استحقاقه بدفع المثمن إلیه أو تمکینه من أخذه علی الخلاف فی معنی الإقباض.

و الوجه فی ذلک أن البائع یملک الثمن علی عهدهٔ المشتری عینا کان أو دینا و إذا أقبض المبیع یستحق المطالبهٔ بما ملکه بالبیع فان الناس مسلطون علی أموالهم و حبس الحق و المال علی مالکه ظلم و عدوان و الإمساک بملک الغیر لا یحل بغیر طیبهٔ نفس مالکه. و یدل علی الحکم موثقهٔ عمار بن موسی عن ابی عبد اللّه علیه السّلام فی رجل اشتری من رجل جاریهٔ بثمن مسمّی ثمّ افترقا فقال وجب البیع و الثمن إذا لم یکونا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۱

....

اشترطا فهو نقد.

ثمّ انّه إذا اشترط تعجيل الثمن فى العقد يكون شرطه عند المصنف ره تأكيدا لما يفيده إطلاق العقد حيث انّ ظاهر الاشتراط عدم المماطلة و التأخير مع المطالبة و ليس ظاهر دفع الثمن و لو بلا مطالبة فإنّه على ذلك و ان لا يكون الاشتراط تأكيدا الّا ان فهمه يحتاج إلى قرينة.

ثمّ ذكر انّه لا معنى لاشتراط التعجيل إلّا التأكيد فإنه إذا لم يطالب المشترى بالثمن يكون مرجع عدم مطالبته إلى إلغاء اشتراط التعجيل فلا يجب عليه و مع المطالبة يثبت له وجوب التعجيل كما هو الحال فى صورة إطلاق العقد فتكون النتيجة أنّه لا يفيد اشتراط التعجيل إلّا التأكيد و المراد بالتأكيد بالإضافة إلى وجوب قبض المال مع مطالبة المستحق و امّا بالإضافة إلى ثبوت الخيار فى الفسخ فقد ذكر فى الدروس أنه لو عيّن للتعجيل زمان خاصّ و لم يؤدّ الثمن فيه يثبت للمشروط له خيار الفسخ.

أقول ما ذكر (قده) من كون اشتراط التعجيل تأكيدا ضعيف و الوجه فى ذلك ان المبيع بالبيع يصير ملكا للمشترى و الثمن فيما كان كلّيا يكون على عهدة المشترى ملكا للبائع فيستحق البائع المطالبة به بقبض المبيع كما هو الحال فى سائر الديون الحالّية فلا يجب على المشترى أداء ما عليه قبل مطالبة المستحق و على ذلك فاشتراط التعجيل بحسب المتفاهم العرفى فى نفسه مطالبة لما على المشترى سواء عيّن للتعجيل زمانا أم لا.

و بهذا يظهران ترك المطالبة بعد اشتراط التعجيل لا- يكون إسقاطا لحق التعجيل ثمّ انه قد ذكر الشهيد الثانى ان ثبوت الخيار للمشروط له لا- ينحصر بما إذا عين للتعجيل زمانا معيّنا بل لو أطلق اشتراط التعجيل يثبت له الخيار مع ترك التعجيل فى أوّل أزمنة إمكانه عرفا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۲

....

و ناقش فى هذا الإلحاق صاحب الجواهر قده بأن صورة إطلاق الاشتراط لا يلحق بصورة تعيين زمان خاصّ فان مع إطلاق التعجيل يكون زمانه مجهولا فيبطل الشرط و لو فرض عدم بطلان الشرط فلا يثبت الخيار للمشروط له الّا مع عدم التمكن على إجبار المشروط عليه بالتعجيل فلا يصح ان يقال أنه مع إطلاق الاشتراط يترتب عليه ثبوت الخيار بترك التعجيل مطلقا بل لا بد من تقييده بصورة عدم التمكن على الإجبار.

و قد ردّ المصنّف ره على الجواهر بأن إلحاق الشهيد الثانى حسن حيث ان إطلاق الاشتراط مع انصرافه إلى أوّل أزمنة إمكان التعجيل عرفا لا- يكون مجهولا- و لا- حاجة ايضا الى ان ثبوت الخيار انّما هو فى فرض عدم التمكن على الإجبار لأن كلام الشهيد الثانى ان اشتراط الفعل على المشترى يترتب عليه ثبوت الخيار و لكن هذا الخيار يترتب على مجرد ترك الفعل أو عليه مع عدم التمكن على إجبار المشروط عليه فذلك مسألة أخرى سيالة فى جميع شروط الفعل مع أنه لو بنى على ترتب الخيار على عدم تمكن المشروط له على الإجبار فى سائر شرائط الأفعال فلا يجرى ذلك فى المقام لان مع عدم حصول أول أزمنة الإمكان عرفا فلا وجه للإجبار و مع حصوله لا ينفع الإجبار لأن الفعل أى قبض الثمن يقع فى ثانى أزمنة إمكانه و هو غير الزمان المشروط فيه.

أقول قد ذكرنا سابقا ان ترتب الخيار على ترك العمل المشروط لا يتوقف على عدم التمكن على الإجبار من غير فرق بين عمل و عمل آخر نعم للمشروط له إجبار على العمل بحيث يقع العمل فى زمانه المعين و عليه فيجوز للمشروط له إجبار المشروط عليه قبل

حصول الزمـان المعين أو قبـل أوّل أزمنـة الإمكـان بحيث يقع قبضه فى ذلـك الزمان المعين أو أول أزمنـة الإمكان أو إجباره فى أوّل ذلك الزمان ليقع القبض و لو فى آخره فيما كان الزمان المعين أوسع من الفعل كما هو الحال فى أول أزمنة الإمكان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۳

[مسألة يجوز اشترط التأجيل الثمن مدّة معيّنة]

يجوز اشترط التأجيل الثمن مدّة معيّنة (۱).

ثمّ ان ظاهرهم فى المقام انه مع عـدم اشتراط التعجيل لا يجوز للبائع فسـخ البيع بمماطلـة المشترى فى أداء الثمن بعد مطالبة البائع و ان الخيـار يترتب على اشتراط التعجيـل و لكن لاـ يخفى ان عـدم مماطلـة كـل من المتبـايعين فى القبض و الإقبـاض شـرط ارتكـازى فى المعاملات و عليه فلا يبعـد ثبوت الخيار لكل من المتبايعين فى صورة مماطلـة صاحبه بلا فرق بين اشتراط التعجيل و عـدمه و بلا فرق بين كون مماطلـة صاحبه عن عـذر كالعسـر فى أداء ما عليه من الثمن أم لا و بلا فرق بين كون المبيع من المسـتثنيات فى أداء الدين و عدمه فيجوز للبائع أخذ الدار المبيعة من المشترى و لو جعلها المشترى مسـكنا و كانت مماطلته لعسـره فان قوله سـبحانه «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ» لا يمنع عن فسخ البيع و انّما يمنع عن المطالبة بالثمن مع إبقائه و الممنوع عنه بيع المسكن فى استيفاء الدّين لا أخذ البائع المسـكن بعد فسخ بيعه كما هو الحال فى صورة اشتراط التعجيل و ما تقدم فى خيار تأخير الثمن فهو خيار شـرعى تأسيسـى استفيد من الروايات و مع عدم تحقق شرائطه ينتفى و لكن لا يوجب انتفاء الخيار الذى ذكرناه فى المقام و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) يجوز بيع المتـاع نسـيئة و يعتبر فيه تعيين الأجل الـذى يسـتحق البائع المطالبـة فيه بالثمن بما لا يكون فى الأجل المزبور جهالـة من حيث المفهوم كالسـنة حيث انّها مرددة بين القمرية و الشمسـية نعم لو كان فى البين انصـراف إلى أحدهما خرج عن الإجمال و لا من حيث المصداق كيوم الجمعة من شـهر رمضان هذه السـنة حيث يتردد بين الاولى و غيرها و يدل على اعتبار التعيين كذلك النهى عن بيع الغرر الظاهر فى فساده و فى موثقة غياث بن إبراهيم بن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلا معلوما إلى أجل معلوم و لا تسلمه الى دياس و لا الى حصاد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۴

....

و فى موثقـة سـماعة المرويـة كما قبلها فى باب السـلم قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السّـلام عن السـلم و هو السـلف فى الحرير و المتاع الـذى يصـنع فى البلـد الـذى أنت به قـال: نعم إذا كـان لأجل معلوم و نحوهما غيرهما ثمّ انه لا فرق فى المـدة المعينـة بين القصـيرة و الطويلـة و ربمـا ينسب إلى الإسـكافى انه منع عن التأجيـل إلى ثلاـث سـنوات أو أزيـد و لعلّه للنهى الوارد عنه فى بعض الاخبار و فى روايـة البزنطى قـال قلت لأبى الحسن عليه السّـلام انى أريـد الخروج الى بعض الجبال فقال ما للناس بـد من ان يضـطربوا سـنتهم هـذه فقلت له جعلت فداك انا إذا بعناهم بنسيئة كان أكثر للربح قال فبعهم بتأخير سنة قلت بتأخير سنتين قال: نعم قلت بتأخير ثلاث قال لا.

و فى صـحيحة الأخرى انه قال لأبى الحسن الرضا عليه السّـلام ان هـذا الجبل قـد فتح على الناس منه باب رزق فقال ان أردت الخروج فاخرج فإنها سـنة مضطرب و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة قال بعهم قلت سنتين قال بعهم قلت ثلاث سنين قال لا يكون لك شىء أكثر من ثلاث سنين.

و لكن لاـ يخفى ظـاهر الصـحيحة صـحة البيع و انه لاـ يصـل الى المخـاطب البـائع من البيع المزبور الّا الانتظـار فلا يناسب الروايـة إلّا المشورة مع الامام عليه السّـلام و المراد بالإرشاد فى عبارة المصـنف (قده) الإرشاد الى غير الحكم الشـرعى كالتنبيه الى ضياع المال و

المراد بالملاء فى الصحيحة الذين لا يهلك عندهم المال لغناهم و الرواية الاولى مع ضعف سندها بسهل بن زياد تحتمل اتحاد الواقعة.

ثمّ لا يخفى أنه بأس بتأجيل الثمن و الإفراط بالتأخير و ما يقال من ان التأجيل يجوز الى ان يعد بيع البائع مع التأجيل المزبور سفهيا و أكل المشترى المبيع المزبور مع التأجيل المزبور أكلا للمبيع بالباطل لا يمكن المساعدة عليه فان عدّ بيع البائع سفهيّا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۵

أقواها الثانى (۱).

لا يوجب بطلان البيع فان المحكوم بالفساد و هو بيع السفيه لا البيع السفهى.

و دعوى انصراف ما دلّ البيع الى غير السفهى كما ترى و اما الأكل بالباطل فتحققه و ان يوجب بطلان البيع الّا انه غير محقق كما نذكر.

نعم قيل انه لا يجوز تأجيل الثمن إلى مدة يعلم بأن المشترى و البائع لا يعيشان الى تلك المدة و وجه البطلان خروج الثمن عن انتفاع البائع به و يردّه انه قابل لانتفاع البائع ببيع ذلك الدين بالحاضر بالتنقيص أو المصالحة عليه و بهذا يظهر أن أكل المشترى و تملكه المبيع بإزاء الثمن المزبور لا يكون أكلا بالباطل.

لا يقال ان الإفراط بالتأخير إلى أجل لا يعيش المشترى الى ذلك المقدار لغو محض فيكون غاية التأجيل حلول الموت و لجهالته يبطل البيع بل التأجيل المزبور مخالف للسنة فيوجب بطلان البيع نظير اشتراط مدّة مجهولة.

فإنه يقال الشرط صحيح بالإضافة إلى ما قبل موت المشترى فيبطل بالإضافة الى ما بعده و لا يوجب ذلك بطلان البيع لمعلومية الأجل فى صورة العقد و جهالته بالانحلال و الفساد بالإضافة الى ما بعد موت المشترى لا- يضرّ على ما تقدم فى جهالة الثمن فى موارد تبعض ألصفقه و انحلال البيع بالإضافة الى بعض المبيع و هذا بناء على انّ التأجيل أمر زائد على الثمن نعم بناء على ان التأجيل قيد للثمن و تضيق لدائرته فلا- يبعد الحكم ببطلان البيع لان الثمن المزبور ليس عوضا شرعا ليتملكه البائع على المشترى هذا مع إمكان كون الغاية انتفاع الوارث.

(۱) لا يبعد كون الأول هو الأظهر كما إذا كان الأجل معينا بحسب الواقع و يعرفه أهل بلد المعاملة كالبيع الى مهرجان على وزن أصبهان اسم لعيد للفرس و يكون الفرض نظير البيع و الشراء بأوزان البلاد مع عدم معرفة أحد المتعاقدين به أحيانا فإنه لم تكن سيرة المتشرعة عند الدخول فى بلد معرفة أوزان ذلك البلد قبل شراء حاجياتهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۶

[مسألة لو باع بثمن حالا و بالأزيد منه مؤجلا]

لو باع بثمن حالا و بالأزيد منه مؤجلا (۱).

منها و كان الزوار يدخلون بلدا يشترون الفواكه و الطعام و غيرهما بأوزان البلد المزبور قبل قياس تلك الأوزان بأوزان بلادهم لمعرفتها و لم يحرز شمول النهى عن بيع الغرر لذلك حيث انّه ليس فى البين ما يقتضى ان الغرر مطلق عدم المعرفة و لا يستفاد من الاخبار الواردة فى اعتبار كيل المبيع أو وزنه أزيد مما ذكر و اعتبار اليقين فى ناحية الثمن و أجله أيضا كذلك و إذا كان وصول الشمس الى برج الحمل أجلا يعرفه أهل السوق و انه أول يوم من فصل الربيع فلا بأس بجعله البائع أجلا و ان لم يعرفه المشترى و لا يستفاد من الاخبار الواردة فى السلم أزيد من التعيين عند الناس.

و لیس هذا من التأجیل إلی موت المشتری أو البائع لیکون البیع غرریا و الی أجل غیر معلوم لان موته ممّا لا یعرفه الناس و لا المتعاقدان بخلاف ما إذا کان له واقع معین یعرفه الناس و أحد المتعاقدین و إذا کان الأجل بحسب الواقع معینا و لا یعرفه أهل بلد المعاملة بل یعرفه المتعاقدان کما إذا باع بمکّة ایرانی زمیله متاعا نسیئة و جعل الأجل حلول نیروز صحّ و أن عدم معرفة غیرهما فی ذلک البلد لا یقدح فی المعاملة و إلی ذلک یشیر العلامة (قده) فی عبارة المنقولة فی الکتاب بقوله و سواء اعتبر معرفتهما أم لا و لو عرفا کفی.

(۱) المنسوب الی أکثر الأصحاب من المتأخرین انه لو قال فی مقام إنشاء البیع بعته بکذا نقدا و بکذا نسیئة لا یصحّ سواء قال المشتری قبلته نقدا أو قال نسیئة أو أطلق القبول.

و فی مرسلة الکلینی ره من سادم بثمنین أحدهما عاجلا و الآخر نسیئة فلیسمّ أحدهما قبل الصفقة.

و فی روایة سلیمان بن صالح عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال: نهی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله عن سلف و بیع و عن بیعین فی بیع و لکن فی صحیحة محمّد بن قیس

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۴۷

....

عن ابی جعفر علیه السّلام قال: قال أمیر المؤمنین علیه السّلام: من باع سلعة فقال: ان ثمنها کذا و کذا یدا بید و ثمنها کذا و کذا نظرة فخذها بأی ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فلیس له الّا أقلّهما و ان کانت نظرة.

و نحوها معتبرة السکونی عن جعفر عن أبیه عن آبائه علیهم السّلام ان علیا قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین بالنقد کذا و بالنسیئة کذا فأخذ المتاع علی ذلک الشرط هو بأقل الثمنین و أبعد الأجلین یقول: لیس له إلّا أقل النقدین إلی الأجل الذی أجله بنسیئة.

و ربّما التزم بعض الأصحاب بظاهرهما و حکم بثبوت البیع بالأقل مع أبعد الأجلین.

و فیه انه یعارضهما مع ما سبق موثقة عمّار عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث ان رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله بعث رجلا الی أهل مکة و أمره و أن ینهاهم عن شرطین فی بیع و ظاهر الشرطین علی ما تقدّم بیع المتاع نقدا بکذا و نسیئة بکذا.

و الجمع بین الطائفتین بحمل الناهیة علی الکراهة لا یمکن المساعدة علیه إذ الاهتمام کذلک ببعث الرسول أو الوالی الی أهل مکة و أمره صلّی اللّه علیه و آله أن ینهاهم عن بیع ما لم یقبض و عن شرطین فی بیع و ربح ما لم یضمن بان یبیع المتاع مرابحة قبل ان یدخل فی ضمانه أی قبل ان یشتریه لا یناسب الکراهة.

و بذلک یظهر ان ما ذکر السید (قده) فی الناصریات من کراهة البیع بثمنین بالأقل نقدا و بالأکثر نسیئة لا یمکن المساعدة علیه و یبقی فی البین الالتزام اما بفساد البیع المزبور و حمل الروایتین علی خلاف ظاهرهما بان یقال المذکور فیهما حکم صورة تلف القیمی حیث ان قیمة یوم الضمان التی یجب دفعها الی البائع هی الأقل و لو کان دفعها فی الأجل المزبور أو یقال ان النهی فی الموثقة إرشاد إلی فساد الشرط لا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۴۸

إلّا ان یقال ان الزیادة لیست فی مقابل الأجل (۱).

إلی فساد أصل البیع بان کان بیع المتاع بالأقل و قول البائع و ان کان بعد شهر مثلا بکذا تأجیل للثمن المزبور بزیادة و یأتی ان تأجیل الدین کذلک ربا موضوعا أو حکما فیکون شرطه باطلا.

لا يقال الجمع بين الطائفتين كما ذكر لا يعدّ من الجمع العرفى بل هما بظاهرهما متعارضتان فتصل النوبة إلى إطلاق حل البيع فيما إذا كان قبول المشترى لأحدهما على التعيين نعم إذا كان قبول المشترى ايضا على نحو الترديد يحكم بالبطلان إذ لا يقع كلا البيعين و لا معين لأحدهما و أحدهما بلا تعيين غير داخل فى إطلاق حل البيع حيث ان أفراده المعينات كما هو الحال فى كل الخطابات المتكفلة لبيان الحكم على الطبيعى بنحو الشمول و الاستيعاب فإنه يقال البطلان لفقد الإيجاب لتعلقه بالجامع.

(١) و حاصله انّه لو كانت الزيادة فى الثمن بإزاء التأجيل فبطلان هذه المعاملة لكونها ربا حكما أو موضوعا لا يمنع البائع من المطالبة بالثمن الأقل حالا نعم لو كان الزيادة بإزاء إسقاط البائع حقه بالمطالبة بالثمن الأقل يسقط حق المطالبة و لا يتعين الّا الثمن الأقل نظير ما احتمل انه إذا أسقط ولى الدم حق القصاص بإزاء عبد يعلمان انه ملك لغير القاتل أو انه حرّ سقط حق القصاص و لا يكون على القاتل شيء أو يكون عليه الدية كما نقل عن العلامة فى التحرير و على ذلك فالتأجيل لازم على البائع بمعنى انه لا- يستحق مطالبة المشترى بالثمن الأقل قبل انقضاء المدة و لكن لو دفع المشترى الثمن فى تلك المدّة فليس للبائع الامتناع عن أخذه بخلاف موارد صحة التاجل فإنه يحق للبائع الامتناع عن أخذ الثمن الى ان ينقض المدة.

أقول لا يلزم التأخير المزبور على البائع بلا فرق بين وقوع المعاوضة بين المقدار الزائد من الثمن و التأجيل أو تقع المعاوضة بين إسقاط البائع حقّه فى المطالبة بالثمن الأقل و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۴۹

....

تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج۴، ص: ۵۴۹

بين المقدار الزائد لأنه إذا لم يصح أحد العوضين فلا يصح العوض الآخر و يكون هذا نظير إسقاط الحق بنحو التعليق فإنه ببطلان التعليق فى الإيقاع لا يحصل الاسقاط و ما ذكر فى مسألة حق القصاص من سقوطه فيما إذا أسقطه الولى بإزاء عبد الغير أو الحر مع علم الولى و القاتل بالحال لا يمكن المساعدة عليه.

نعم لو علم الولى بان العبد حر و مع ذلك أسقط حق قصاصه بإزائه سقط حق القصاص فإنه من الاسقاط مجانا بخلاف جهله بالحال أو إسقاطه بإزاء عبد الغير مع الجهل بالحال أو مع العلم فإنه لا يسقط حق القصاص و لذا لا يكون بيع ماله بإزاء عبد الغير مع العلم بالحال أو الجهل من تمليكه مجانا على ما تقدم فى بيع الفضولى و المتحصل فى المقام انه لو قال بعته نقدا بكذا و نسية بكذا و قبل المشترى أحدهما بعينه فيمكن الحكم بصحة بخلاف ما إذا قبل المشترى قبلته بلا تعيين أحدهما فلا يمكن الحكم بصحّته كل منهما و لا صحة أحدهما بعينه فإنه ترجيح بلا معين و أحدهما لا بعينه ليس فردا لمثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ بل ذكرنا بطلانه حتى مع تعيين المشترى فى قبوله.

نعم لو قال بعته بكذا و ان اجلته فعليك كذا يكون البيع محكوما بالصحة و ثبوت الثمن الأقل حتى ما لو تأخر فى أداء الثمن لبطلان الشرط و عدم سراية فساده الى نفس البيع على ما تقدم فى ذلك البحث فلا يلزم الأجل على المشروط له فان له مطالبة المشترى بالثمن حالا.

و دعوى ان المتعين فى المقام العمل بموثقة السكونى و صحيحة محمّد بن قيس بان يحكم بالثمن الأقل مؤجلا و تقييد النهى فى موثقة عمار عن الشرطين فى بيع الى غير هذه الصورة كما إذا قال بعته مؤجلا بشهر بكذا أو بشهرين بكذا و نحو ذلك لا يمكن

المساعدة علیه فان المتبادر عن النهی عن شرطین فی بیعه نقدا بکذا و نسیة بکذا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۵۰

[مسألة لا یجب علی المشتری دفع الثمن المؤجل]

لا یجب علی المشتری دفع الثمن المؤجل (۱).

بشهادة موثقة السکونی مع انه لا یحتمل الفرق بین قوله بعته نقدا بکذا و الی شهرین بکذا کما لا یخفی.

(۱) لا- یجب علی المشتری دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و لا یحق للبائع المطالبة قبل حلوله بلا خلاف لأن التأجیل فی الثمن مقتضاه انّ للمشتری حق التأخیر و لا- یختص هذا الحکم بالثمن المؤجل بل یجری فی کل دین سواء کان تأجیله بجعل المتعاقدین کالسلم و القرض المشروط فیه الأجل أو بجعل الشارع کما فی الاقساط و النجوم المعتبرة فی الدیة.

و المشهور فی کلام المتأخرین انه لا یجب علی البائع تسلمه فیما إذا تبرع المدیون قبل الأجل.

و علل فی التذکرة بأن تعجیل المشتری و دفعه الثمن قبل الأجل کتبرع المدیون بالزیادة حیث لا یجب علی الدائن قبول المنة بأخذ تلک الزیادة و یشهد بکون تعجیل المؤجل کالزیادة ما یذکر فی باب الربا من عدم جواز بیع حنطة حالا بحنطة اخری مؤجلا.

و فیه انه لو لم یکن فی أصل الدعوی تأمل فلا- ینبغی الریب فی ان إطلاقها ممنوعة حیث ربما یکون التعجیل مصلحة للمشتری أو یکون دفعه بعد حلول الأجل أو قبله علی حد سواء کما إذا أراد المشتری دفع الثمن قبل حلول الأجل بساعة أو ساعتین.

و ذکر المصنف ره فی وجه عدم وجوب التسلیم ان اشتراط الأجل کما یکون من جعل حق التأخیر للمشتری کذلک یکون من جعل الحق للبائع فی تأخیره أخذ الثمن إلی حلول الأجل و یکون علی المشتری حفظ مال البائع علی العهدة کالودعی الذی علیه حفظ مال المودع و الحاصل أن فی التأجیل حق للدائن بلا خلاف ظاهر.

و لکن ربما یقال بعدم الفرق بین الدین المؤجل و الحال فی انه کما یجب علی الدائن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۵۱

ثم انه لو أسقط المشتری أجل الدین (۱).

تسلّم الدین فی الثانی کذلک فی الأول.

و بتعبیر آخر التأجیل حق للمدیون فی التأخیر فی الأداء و للدائن فی التأخیر فی التسلم حق فغیر داخل فیه و یشهد لذلک کون التأجیل موجبا لزیادة الثمن و أن للبائع تنقیص الثمن المؤجل حتی یؤدیه المدیون حالا.

و الحاصل الدین المؤجل بالإضافة إلی المدیون کالواجب الموسع فیجوز له الأداء و ان لم یرض به البائع و یتضیق بحلول الأجل و فیه کون التأجیل موجبا لزیادة الثمن لا یمنع عن کون التأخیری التسلم حقا للبائع أیضا.

و الأظهر أن یقال ان الأجل فی الثمن لو کان قید إله فلا یجب علی البائع تسلمه قبل الأجل إلّا بالتراضی لأن المدفوع قبل الأجل لیس فردا له و ان کان التأجیل شرطا کما هو الظاهر المتفاهم فلیس الاشتراط الا حق التأخیر للمدیون.

نعم لو قامت قرینة خاصة فی مورد أن فی البیع نسیئة غرض آخر للبائع غیر زیادة الثمن أو الإرفاق علی المشتری کالفرار من کلفة حفظ المال فی تلک المدّة کما قد یتفق فی المعاملات فی الأسفار لکان علی البائع الامتناع عن التسلم و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذکر العلامة فی التذکرة و القواعد انه لو أسقط المدیون التأجیل فی الدین لم یصح فلا یجوز للدائن المطالبة بالدین قبل الأجل بمعنی انه لا یجب علی المدیون أداء ما علیه بمطالبة البائع قبل الأجل و علل ذلک فی جامع المقاصد بوجهین.

الأول ان التأجيل ثبت بالعقد اللازم و ما دام العقد باقيا لا يوجب إسقاط الأجل شيئا.

و الثانى ان التأجيل حق للدائن أيضا و لذا لا يجب عليه التسلم فيما إذا تبرع المديون بالأداء قبل حلول الأجل.

نعم لو تقابلا فى الأجل بأن أسقط كل منهما شرط الأجل لجاز للدائن مطالبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۵۲

و وجّه فى التذكرة عدم سقوط شرط الأجل بوجه آخر (۱).

المديون و الإقالة فى الأجل نافذة فى غير صورة نذرهما أو نذر أحدهما بيع المال أو شرائه مؤجلا حيث ان مع النذر لا يجوز الإقالة و لا يسقط الأجل و يكون نفوذ الإقالة فى العقد لا فى النذر.

و فيه أن شيئا من الوجهين غير تام فان المشروط فى العقد اللازم فيما إذا كان من قبيل الحق لأحد المتعاقدين أو كلاهما فهو قابل للإسقاط كما إذا باع العين منه بثمن و اشترط عليه خياطة ثوبه يكون اشترط الخياطة من حق البائع على المشترى فيجوز للبائع إسقاط هذا الحق بحيث لا يجوز له بعد إسقاطه إجبار المشترى على خياطته و لا فسخ العقد بتركه الخياطة و ثبوت الحق للدائن على المشترى فى حفظ ماله على عهدته لا يمنع عن إجباره المشترى على الأداء قبل الأجل فإن هذا الإجبار اثر لسقوط حق المديون فى التأخير و لا يوجب ان يمتنع البائع عن التسلم الى ان ينقضى الأجل.

و ما ذكر أخيرا من عدم صحة الإقالة مع نذر شرط الأجل ضعيف و ان لم يتعرض المصنف ره لضعفه فإنه لو كان نذره بيع المال أو شرائه مؤجلا شاملا لما بعد إنشاء البيع ايضا يكون إسقاطه محرّما تكليفا و النهى بما انه من النهى عن المعاملة لا يقتضى فساد الإقالة.

(۱) و حاصله ان شرط التأجيل من قبيل الصفة التابعة لأحد العوضين أى من الوصف المشروط لأحدهما و فيما كان موصوفه من الكلى كقول البائع فى بيع السلف بعت منا من الحنطة الموصوفة بوصف كذا يكون الوصف تقييدا لذلك الكلى و تضييق دائرته فلا يكون الفاقد لذلك الوصف فردا للمبيع بخلاف وصف المذكور للعين الخارجية فإن الوصف فيه مرجعه الى جعل الخيار مع تخلف ذلك الوصف و لذا يمكن إسقاط الوصف المشترط فى العين الخارجية دون الوصف المشترط للكلى.

و الحاصل كما أن وصف الصحة و الجودة فى الكلى يوجب تقييد ذلك الكلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۵۳

....

و لا يكون الفاسد المدفوع أو غير الجيد فردا منه و لا يجوز للمشترى فسخ العقد بل له ردّ المدفوع و مطالبة البائع بالصحيح أو الجيد كذلك الأجل المذكور للثمن من قبيل الوصف المزبور.

أقول الوصف المذكور للكلى و ان يرجع الى تقييده و لكن اشتراط الأجل كما ذكرنا ليس من قبيل الوصف بل من قبيل اشتراط فعل آخر كاشتراط خياطة الثوب على المشترى كما إذا باع منا من الحنطة سلما و اشترط تسليمها فى البلد الفلانى فإن هذا الشرط بما أنه شرط فعل لا يوجب تقييد المبيع و تسليم الثمن فى زمان أو مكان من هذا القبيل.

و الصحيح فى وجه عدم جواز إسقاط شرط الأجل ما أشار إليه المصنف ره من ان مرجع شرط الأجل إلى إسقاط البائع حقّه فى المطالبة بالثمن إلى الأجل المفروض فان مع البيع مطلقا يكون للبائع حق المطالبة بالثمن فالتأجيل شرط لسقوط هذا الحق و كلما كان مقتضى الشرط فى العقد سقوط حق من أحد المتعاقدين فلا يعود ذلك الحق الساقط نظير اشتراط البائع التبرى من عيوب المبيع فان مقتضاه سقوط الخيار عن المشترى مع ظهور العيب فى المبيع و بعد هذا الاسقاط لا يمكن ثبوت الخيار بإسقاط البائع تبريه.

و الحاصل كلما كان مقتضى الشرط ثبوت حق لأحد المتعاقدين فهذا الحق يسقط بالإسقاط بعد العقد بخلاف ما إذا كان مقتضى

الاشتراط سقوط الحق فان الحق بعد سقوطه كما هو فرض نفوذ الشرط لا يعود و قد ذكرنا التأجيل يتضمن حقا واحدا و ليس فيه ثبوت حق للبائع على المشترى فى حفظ ماله الى ان يحل الأجل و مع ثبوته ايضا يكون حقا آخر يثبت للبائع و لو مع سقوط حق مطالبته من الأول.

و على الجملة فالوجه فى عدم سقوط شرط الأجل ما أشرنا إليه من الوجه و اللّه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۵۴

[إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه]

وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه (۱).

سبحانه هو العالم.

(۱) المشهور بل من غير خلاف ظاهر أنّه يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه اليه سواء كان حالا بالأصالة أو بانقضاء الأجل بمعنى أنه لا يجوز له الامتناع عن الأخذ و إبقاء المال بذمة المديون و يذكر لذلك وجهين:

الأوّل- ان للمديون سلطنة تفريغ عهدته عن الدين حيث ان للناس سلطنة على أنفسهم كما هو المفهوم من سلطنتهم على أموالهم.

و الثاني- ان امتناع الدائن عن الأخذ و إبقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه إضرار و عدوان على المديون فلا يكون له سلطنة على هذا التعدى كما ان امتناع سمرة بن جندب عن الاستئذان فى الدخول الى عذقه كان إضرارا و تعديا على الأنصارى و قد دلّ الحديث على عدم سلطانه على الدخول المزبور.

و على الجملة كل ما يكون إضرارا و تعديا على مؤمن لا يكون للمالك سلطنة عليه.

لا يقال الضرر فى المقام بإبقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه و مجرّد الامتناع عن أخذ ما عليه لا يوجب هذا الضرر حيث ان للمديون مراجعة الحاكم و دفع ما عليه اليه و بقبض الحاكم ينتهى عهدته فلا موجب للأخذ على الدائن مع إمكان مراجعة الحاكم.

فإنه يقال مراجعة الحاكم علاج و دفع لإضرار الدائن و ظلمه كما أن مراجعة الأنصارى إلى النبى و أمره صلّى اللّه عليه و آله بقلع شجرته كان علاجا لامتناع سمرة عن الدخول مع الاستيذان و عن بيع نخلته فيكون قبض الحاكم فى المقام كبيعه مال الزوج الممتنع عن إنفاق زوجته و كما ان العلاج المزبور لا ينافى وجوب الإنفاق على الزوج كذلك علاج الإضرار فى المقام بقبض الحاكم لا ينافى وجوب القبض على الدائن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۵۵

....

و بتعبير آخر مراجعته و قبضه لا يكون بدلا اختياريا بل يترتب على امتناع الدائن و تركه العمل بوظيفته.

أقول الوجهان ضعيفان فان فحوى حديث سلطنة الناس على أموالهم على تقديره هو ان للشخص سلطنة تفريغ ذمّته الذى يدخل فى السلطنة على النفس و امّا بيان طريق فراغ ذمّته و انه أى نحو يكون أو أنه يجب على الآخرين كلّما يتوقف عليه فراغ ذمته فلا دلالة على ذلك أصلا فلاحظ مثلا أن الحديث دالّ على سلطنة المالك على بيع ماله و لكن لا دلالة له على صحة المعاطاة أو وجوب الشراء على الآخرين و كذلك سلطنة المالك على هبة ماله لا يدلّ على وجوب قبول الهبة على الموهوب له.

و الحاصل لا يمكن الاستدلال بالفحوى على وجوب الأخذ على الدائن أو على تعيّن الدّين فى المال المعزول فى صورة امتناعه عن الأخذ.

و ما ذکر فی الوجه الثانی غیر صحیح أیضا فإن بقاء المال علی عهدة المدیون و ذمته لا یکون من إدخال النقص فی مال المدیون أو نفسه أو عرضه لیکون إضرارا علیه و لا یقاس بدخول سمرة بن جندب علی حائط الأنصاری بلا استیذان فان الدخول کذلک من الضرر فی عرضه حیث انه ربما کان دخوله کما ذکر من الاطلاع علی خلوات النّاس و عوراتهم و لو کان بقاء المال علی عهدة المدیون بلا رضاه ضررا علیه لکان مقتضاه سقوط المال عن ذمته بلا حاجة الی قبض الحاکم کما هو المدعی.

و الحاصل قبض الحاکم و لو یکون بدلا اضطراریا الّا ان البدل بالإضافة إلی أداء المدیون حیث ان مع إمکان دفع المال الی مالکه یتعین الدفع الیه و مع امتناعه یدفع الی الحاکم و هذا النحو من البدل لا یقتضی وجوب الأخذ علی الدائن.

و لا یبعد ان یقال علی الدائن الأخذ لأن عهدة حفظ المال علی مالکه و ان الدین یتعین بغیر قبض الدائن أیضا کما إذا القی المدیون ما یکون فردا لما علیه الی بین یدی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۵۶

مقتضی القاعدة إجبار الحاکم علی القبض (۱).

الدائن مع التفات الدائن بذلک، و لو تلف المال بعد ذلک لا یکون علی المدیون شیء خصوصا فیما إذا وقع هذا النحو من الإلقاء مع امتناع الدائن عن أخذه فلا حاجة الی المراجعة إلی الحاکم الشرعی أو عدول المؤمنین و لا مورد للإکراه علی الأخذ و لا یرجع الملقی الیه علی عهدة الدافع الا بموجب جدید علی ما تسمع فی التعلیقات الآتیة.

(۱) لم یظهر وجه لتوقف تعین الکلی بالمدفوع فیما إذا کان فردا علی رضا المستحق و طیب نفسه بأخذه لیرتفع اعتبار رضاه فی صورة امتناعه بقاعدة نفی الضرر أو بحدیث سلطنة الناس علی أنفسهم بل یعتبر رضاه فیما کان المدفوع بغیر ما علیه حیث مرجع الدفع فی هذا الفرض إلی مبادلة ما علیه بالمدفوع و هذه مبادلة بینهما فیعتبر فی وقوعها رضا الطرفین و لو کان علی زید لعمرو منا من الشعیر و اعتقد عمرو ان له علیه منا من الحنطة و أکرهه زید علی أخذ الشعیر برئت ذمته و لا فرق فی ذلک بین إکراه الحاکم و المدیون بل لا یبعد ان لا یعتبر فی صورة قبض الدائن علمه بان المدفوع الیه وفاء لما علی المدیون کما یفصح عن ذلک صحیحة عبد الرحمن عن ابی الحسن علیه السّلام فی الرجل یکون عند بعض أهل بیته المال لأیتام فیدفعه إلیه فیأخذ منه دراهم یحتاج إلیها و لا یعلم الذی کان عنده المال لأیتام انه أخذ من أموالهم شیئا ثمّ ییسر بعد ذلک أیّ ذلک خیر له أ یعطیه الذی کان فی یده أم یدفع الی الیتیم و قد بلغ و هل یجزیه ان یدفعه الی صاحبه- علی وجه الصلة و لا یعلمه انه أخذ له مالا فقال یجزیه أی ذلک فعل إذا أوصله الی صاحبه فان هذا من السرائر إذا کان من نیّته ان شاء ردّه الی الیتیم ان کان قد بلغ علی أی وجه شاء الحدیث.

نعم إذا لم یکن أداء المدیون بنحو أخذ الدائن بل إلقاء المال الیه فیعتبر علم الدائن و التفاته الی ان الملقی إلیه أداء لما علی المدیون فلا یکون بعد ذلک ضمان علی المدیون لفراغ ذمته کما هو مقتضی السیرة العقلائیة.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۵۷

فإن تعذر مباشرته و لو کرها تولّی الحاکم (۱) و لیس للحاکم مطالبة المدیون (۲) أقواه العدم (۳).

---

(۱) یعنی إذا لم یأخذ الدائن ما دفع الیه و لم یمکن إکراهه علیه یکون أخذ الحاکم بمنزلة أخذه فی کونه موجبا لتعیّن الدین فیه و براءة ذمة المدیون بدفعه الیه حیث ان ذلک مقتضی ولایته علی الممتنع بل لو صدق الممتنع علی الدائن المزبور بمجرّد امتناعه لکان أخذ الحاکم موجبا لتعینه و براءة ذمة المدیون و لو مع إمکان إکراهه علی الأخذ کما اختار ذلک فی جامع المقاصد بل علی المحکی عن جماعة عدم اعتبار أخذ الحاکم ایضا بل یتعیّن الدین بما أراد المدیون دفعه و امتنع الدائن عن أخذه فإنه لو تلف المال المزبور بعد ذلک فلا حقّ للدائن فی مطالبة المدیون.

(۲) يعنى ليس للحاكم مطالبة المديون بالأداء لأنه لا حرج على المديون فى بقاء المال على ذمته مع رضا الدائن و عدم مطالبته و لا يجب على الحاكم أخذ المال فيما إذا لم يرد المديون تفريغ ذمته مع امتناع الدائن عن أخذه.

و لكن ظاهر السرائر وجوب القبض و انه لا يجب على الحاكم إكراه الدائن و الاستبعاد فى محله لان مالك المال أى الدائن عاقل مختار حاضر غير قاصر ليكون الحاكم وليا له ليراعى مصالحه فى أمواله.

(۳) وجه القوة عدم الدليل على ولايتهم و ما ورد فى ان السلطان ولى الممتنع غايته انه يعم الحاكم و على عدول المؤمنين بل غيرهم أمر الدائن و إجباره على الأخذ من باب الأمر بالمعروف من غير أن يوجب ذلك الولاية لهما كما لا يخفى.

ثم انه يستفاد من كلام المصنف ره إمكان القول ببراءة ذمة المديون عند امتناع الدائن و عدم إمكان مراجعة الحاكم بأمور:

الأول عزل الدين و تعينه بالمعزول نظير تعين الزكاة بالمعزول. و.

الثانى عزل الدين فى المال لا نظير عزل الزكاة بل يدخل المعزول فى ملك الدائن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۵۸

و لم يأته به (۱).

قبل تلفه آنا ما فيتلف عليه.

و الثالث سقوط الدين عن عهدة المديون و بقاء المعزول فى ملك المديون أيضا غاية الأمر يكون للدائن حق فى المال الخارجى بتملكه حتى مع عدم رضا المديون نظير ما إذا جنى العبد فإنه بالجناية لا يخرج عن ملك مولاه بل يكون للمجنى عليه أو وليّه حق تملك العبد و استرقاقه و حيث لا يخرج عن مولاه فيجوز لمولاه التصرف فيه حتى التصرف الموقوف على الملك مع كون العبد عرضة للاسترقاق و هذا عيب يثبت لمشتريه مع جهله بالحال خيار الفسخ و كذا الحال فى المال المعزول فى المقام أنه ملك للمديون و لكن للدائن حق تملكه و ناقش ره فى العزل بالنحو الأول و التزم بأحد الأخيرين.

و الأظهر عدم تمام الأخيرين أيضا لأنه ليس فى البين ما يصلح الاعتماد عليه فى الالتزام بشىء منهما و قد تقدم ان قاعدة نفى الضرر على تقدير جريانها مقتضاه سقوط المال عن العهدة لا تعلق حقه بالمال الخارجى.

(۱) يعنى فيما إذا لم يأت بالمعزول بل ذكر انه يريد أداء دينه فقال الدائن لا أخذه ففى هذه الصورة يجب على المديون حفظ ذلك المال المعزول بخلاف ما إذا أتاه فأبى الدائن عن أخذه ففى هذه الصورة لا يجب عليه حفظه بل له وضعه عنده و اعلامه.

و الوجه فى براءة الذمة فى الفرض الثانى انه يتعين الدين فى المعزول و يكفى الوضع المزبور فى رد الأمانات على أهلها و مع وضعها فى متناول يد مالكها مع الاعلام بالحال يتحقق الرد المأمور به حتى و ان لم يأخذه الدائن بخلاف ما إذا لم يأت بالمعزول فإنه مأمور برده على الدائن الموقوف على حفظه الى ذلك الحين.

أقول قد تقدم عدم تعين الدين بمجرد العزل و انه يتحقق الرد بإلقاء فرد ما عليه إلى الدائن فلا حظ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۵۹

ثمّ ان المحقق الثانى ذكر فى جامع المقاصد (۱).

---

(۱) و حاصله انه بعد ما ذكر فى تعين الدين بالمعزول و ان فائدة تعينه حساب تلفه على الدائن فهل يجرى ذلك التعين فيما إذا أكره الظالم أحد الشريكين على دفع حصة شريكه الغائب فدفع مقدار حصته اليه أو باشر الظالم بأخذ مقدار معين من المشاع بعنوان انه لشريكه الغائب أو ان كلا التلفين يكون على الشريكين معا.

لم أجد للأصحاب تصريحا بالحساب عليه أو عليهما معا و مقتضى قاعدة نفى الضرر هو الحساب على الشريك الغائب فقط.

و فیه انه لا وجه للحساب علی ذلک الشریک خاصة فی الفرع الثانی أی فیما باشر الظالم بأخذ مقدار معین بعنوان أنه حصته فان قصد الجائر بکون المأخوذ حصته لا یوجب تعینها فیه لیکون تلفه علیه بل المقدار المتلف نسبته إلی الشریکین علی حد سواء فیحسب علیهما معا و اما فی الفرع الأول أی فیما أکرهه الجائر علی دفع حصة شریکه الیه فیمکن ان یقال فیه أن بقاء الشرکة إلی زمان دفع الشریک المکره بالفتح فیکون مقتضی قاعدة نفی الضرر عدم اعتبار رضاه فی حصول القسمة و لکن القول ضعیف فإنه لا مجری لقاعدة نفی الضرر فی أمثال المقام و لا یجوز القسمة مع الغاصب لتعارض الضررین فان بقاء الشرکة ضرر علی المکره بالفتح و زوالها ضرر علی الشریک الآخر أضف الی ذلک ان الأخذ بقاعدة نفی الضرر من غیر ملاحظة عمل الأصحاب بها یوجب تأسیس فقه جدید.

أقول العمدة عدم حکومة قاعدة لا ضرر و انه لا تثبت ولایة المکره علی القسمة للتعارض.

لا یقال الضرر فی إرادة المکره بالکسر متوجه الی الشریک الغائب فلا یجب علی هذا المکره بالفتح دفعه عنه بتحمل ذلک الضرر.

فإنه یقال قد مر سابقا المناقشة فی ذلک و علی تقدیره فلا یرتبط بالمقام فإنه فیما إذا

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۶۰

[مسألة لا خلاف فی عدم جواز تأجیل الثمن الحال]

عدم جواز تأجیل الثمن الحال (۱).

کان مال الآخر معینا فی الخارج فلا یجب علی المکره بالفتح حفظه و دفع ضرره بإیراد الضرر علی نفسه و فی المقام لا یکون مال الشریک الآخر معینا فی الخارج بل کل ما یدفع المکره بالفتح إلی الجائز نسبته الیه و الی الشریک الآخر علی السواء و لازم ذلک حساب تلفه علیهما و لذا ذکرنا ان ما ورد فی إقرار أحد الورثة بوارث آخر من نفوذ اعترافه بمقدار حصته و ان ما فی ید سائر الورثة یحسب تالفا علی المقر له خاصة علی خلاف القاعدة حیث ان مقتضی القاعدة کون ما بید المتصرف و حساب تلف ما بید سائر الورثة علیهما کما لا یخفی.

(۱) یظهر من الحدائق عدم الخلاف فی عدم جواز تأجیل الدین الحال بالزائد منه بل عدم الجواز مصرح به فی غیر الحدائق.

و لو کان له علی زید ألفا و قال أمهلک شهرین و لکن علیک الف و مأتان لا یصح بمعنی ان الدائن لا یستحق الزائد حتی ما إذا أخر المدیون الی تمام الشهرین.

و ذکر المصنف ره ان الوجه فی عدم جواز ذلک کون الزیادة ربا حیث ان حقیقة الربا فی الفرض هو أخذ الزیادة فی مقابل الإمهال للمدیون و لا فرق فی الإطلاق العرفی بین جعل الزیادة لامهاله فی عقد القرض و المداینة أو جعلها بإزاء إمهاله بعد المداینة کما إذا قال بعتک بعشرة دنانیر و أمهلتک شهرین و علیک اثنا عشر أو یقول بعد تمام عقد المداینة لا أطلبک بالدین و علیک کذا و یظهر من بعض التفاسیر ان صدق الربا عرفا علی تأجیل الدین الحال بزیادة أمر مسلم و ان مورد نزول قوله سبحانه أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا هو التأجیل بالزیادة ففی مجمع البیان عن ابن عباس انه کان الرجل فی الجاهلیة إذا حل دینه یقول لدائنه زدنی فی الأجل أزیدک فی المال فیتراضیان علی ذلک و إذا قیل له هذا ربا یقول البیع مثل هذا یعنی لا فرق بین بیع المال بذلک المقدار من الأول علی تلک المدة أو یزید فی الثمن بعد البیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۶۱

....

أقول لا حاجة فی إثبات عدم جواز الزیادة المزبورة إلی إثبات کونها ربا لدلالة النص علی عدم جوازها و انها داخل فی الربا موضوعا أو حکما و فی صحیحة محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام فی الرجل یکون علیه دین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول انقدنی من الذی لی کذا و کذا و أضع لک بقیة أو یقول انقدنی بعضا و أمد لک فی الأجل فیما بقی فقال لا أری به بأسا ما لم یزد علی رأس ماله شیئا یقول اللّه عز و جل فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ «۱» حیث ان استشهاده علیه السلام فی ذیل الروایة بقوله سبحانه شاهد لکون الزیادة ربا و لکن یمکن کونه ربا حکما لعدم جریان أصالة الحقیقة فی موارد العلم بالمراد کما لا یخفی.

و الحاصل أنه یستفاد من الصحیحة المبارکة حکمان أحدهما انه لا بأس بتعجیل الدین المؤجل بتنقیصه بإسقاط بعضه.

و ثانیهما عدم جواز تأجیل الدین بالزیادة فیه و لیس فی البین ما یرفع الید من مدلولیها بل یؤیده أو یدل علیه أیضا روایة محمد بن إسحاق بن عمار قال قلت للرضا علیه السلام الرجل یکون له المال فیدخل علی صاحبه یبیعه لؤلؤة تسوی مأة درهم بألف درهم و یؤخر عنه المال الی وقت قال لا بأس به قد أمرنی أبی ففعلت ذلک «۲» و موثقة إسحاق بن عمار قال قلت لأبی الحسن علیه السلام یکون لی علی الرجل دراهم فیقول أخرنی بها و أنا أربحک فأبیعه جبّة تقوم علی بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرین ألفا و أؤخره المال قال: لا بأس «۳» و نحوها غیرها فإنه لو کانت الزیادة فی الدین للتأجیل فیه جائزا لما احتاجوا إلی إعمال الحیل و تعلیمها حتی وقعوا فی

---

(۱). الوسائل ج ۱۳، الباب ۳۲ من أبواب الدین.

(۲). الوسائل ج ۱۳، الباب ۱ من أبواب الدین.

(۳). الوسائل ج ۱۲، الباب ۱ من أبواب الدین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۶۲

یظهر عدم الفرق بین المصالحة عنه بها و المقاولة علیها (۱).

[إذا ابتاع عینا شخصیة بثمن مؤجل جاز بیعه من بایعه و غیره قبل حلول الأجل و بعده]

جاز بیعه من بایعه و غیره قبل حلول الأجل و بعده (۲).

اعمال بعضها مورد اعتراض العامة کما ورد ذلک فی ضم غیر الجنس فی بیع المتجانسین الی العوض الأقل.

(۱) یعنی لا فرق فی عدم الجواز بین المصالحة عن التأجیل بالزیادة و بین المقاولة علی تلک الزیادة و المراد من المقاولة الملزمة بحسب قرارهم بحیث یکون علی المدیون تلک الزیادة علی تقدیر إمهال الدائن و اما إذا لم تکن ملزمة بحیث لم یر الدائن لنفسه تلک الزیادة حتی مع الإمهال کما إذا علم المدیون انه لو لم یعط للدائن مالا لطالبه بالدین و یعطی له هدیة لئلا یطالبه بالدین فلا بأس بذلک و فی موثقة إسحاق بن عمار عن ابی الحسن علیه السلام قال سألته عن الرجل یکون له علی رجل مال قرضا فیعطیه الشیء من ربحه مخافة ان یقطع ذلک عنه فیأخذ ماله من غیر ان یکون شرطا علیه قال:

لا بأس بذلک ما لم یکن شرطا «۱».

ثم لا یخفی أن تعجیل الثمن المؤجل أو الدین المؤجل لو کان بعنوان الوفاء ببعض الدین مع الإبراء عن بعض الآخر لم یکن فرق بین کون الدین من المکیل أو الموزون أو غیرهما و ان کان بعنوان معاوضة ما علی المدیون بالأقل نقدا فیعتبران لا یکون من المکیل أو الموزون لان مع کونه منهما یدخل البیع المزبور فی البیع الربوی.

و مما ذکر انه لا فرق فی جواز نقد البعض علی تمدید الأجل فی الباقی بین کون الدین من المکیل أو الموزون أو غیرهما لأن تأجیل

البعض الآخر لا یکون بزیادة بل یکون شرطا فی ضمن الوفاء ببعض الدین.

(۲) یقع الکلام فی مقامین: الأول فی المستثنی منه فی عنوان المسألة یعنی جواز

---

(۱). الوسائل ج ۱۳، الباب ۱۹ من أبواب الدین.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج‌۴، ص: ۵۶۳

....

شراء البائع من المشتری قبل حلول الأجل أو بعده العین الشخصیة التی قد باعها منه مؤجلا.

الثانی فی المستثنی یعنی حکم شراء البائع من المشتری فیما إذا کان الشراء شرطا فی البیع الأول.

اما المقام الأول فالمعروف جواز الشراء المزبور و لم ینسب الخلاف الا الی الشیخ (ره) فی بعض صور المسألة و ذلک البعض بیع العین بعد حلول الأجل من بایعه ثانیا بجنس الثمن بتفاوت کما إذا کان الثمن فی البیع الأول مأة درهم فباعها بعد حلول الأجل من بائعها بتسعین.

و ذکر الشهید ره انه لا ینفرد الشیخ ره بهذا القول بل تبعه علی ذلک جماعة.

و ذکر صاحب الحدائق عدم انحصار خلافهم بصورة البیع بعد حلول الأجل بل لا یجوز البیع الثانی قبل حلول الأجل أیضا و قال ان خلافهم لا یعم الأشیاء بل یختص بما إذا کان المبیع طعاما حیث ان الطعام عندهم إذا بیع إلی أجل لا یجوز لمشتریه بیعه من بایعه ثانیا قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن بتفاوت.

و کیف ما کان فالأظهر عند المصنف ره ما علیه المشهور من الجواز مطلقا و یقتضیه عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق حلّ البیع مع روایات خاصة دالة علی الجواز فی المقام کصحیحة بشار بن یسار قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع فیشتریه من صاحبه الذی یبیعه منه قال نعم لا بأس به فقلت له اشتری متاعی فقال لیس متاعک و لا بقرک و لا غنمک فان ترک الاستفصال فیها عن کون الشراء ثانیا بجنس الثمن بتفاوت أم لا مقتضاه عدم الفرق بذلک فی نفی البأس.

و کذا روایة الحسین بن المنذر قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام یجیئنی الرجل فیطلب العینة فاشتری المتاع مرابحة ثمّ أبیعه إیاه ثم أشتریه منه مکانی قال إذا کان

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج‌۴، ص: ۵۶۴

....

بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع و کنت أنت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر فلا بأس و هذا أیضا دالة علی جواز الاشتراء بتفاوت کما لا یخفی.

و صحیحة علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیه السّلام قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلی أجل ثم اشتراه بخمسة نقدا قال إذا لم یشترطا و رضیا فلا بأس و هذه الروایات تعم بعض الصور التی نسب الخلاف فیها الی الشیخ (قده).

و قد یستدل علی الجواز أیضا بموثقة یعقوب بن شعیب و عبید بن زرارة معا قال سألنا أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل باع طعاما بدراهم إلی أجل فلما بلغ ذلک فتقاضاه فقال لیس لی دراهم خدمنی طعاما فقال لا بأس به فإنما له دراهم یأخذ بها ما شاء و لکن فی دلالتها علی حکم المقام تأمل فإن المفروض فی المقام شراء البائع من المشتری نفس ما باعه منه و لیس فی الروایة دلالة علی کون الطعام الذی أراد المشتری بیعه من البائع بدلا عن الدراهم ما اشتراه منه أولا اللّهم الا ان یتمسک بعدم الاستفصال فی الجواب.

و قد يدعى انه بتعارض الروايات المتقدمة صحيحة خالد بن الحجاج قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلمّا حل الأجل أخذته بدراهمى فقال ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى قال لا تشتره منه فإنه لا خير فيه و.

لكن لا دلالة فى هذه على ان المشترى أراد بيع نفس الطعام الذى اشتراه منه أولا مع ان كلمة خير اسم تفضيل فنفيه لا يدل على عدم الجواز.

و اما رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن القاسم الحناط فقال أصلحك اللّه أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجىء و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندى دراهم قال خذ منه بسعر يومه قال أفهم أصلحك اللّه انه طعامى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۶۵

قال الشيخ فى المبسوط إذا باع طعاما (۱).

الذى اشتراه منى قال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك قال أرغم اللّه أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على فلضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها بل على تقدير كونها معتبرة لكون القاسم بن محمد الجوهرى من المشاهير و لم يرد فيه قدح لكانت محمولة على الكراهة جمعا بينها و بين ما تقدم من أنه ليس متاعك و لا بقرك و لا غنمك.

(۱) ظاهر هذه العبارة انه لا يجوز للبائع أخذ الطعام الأكثر من المشترى بدلا عما عليه من الثمن بلا فرق بين كون ذلك الطعام هو الذى باعه منه أولا أو غيره و الوجه فى عدم الجواز على ما يظهر مما ذكر (ره) فى الخلاف هو رجوع البيعين الى بيع الطعام بالطعام و لو كان البيع بتفاوت لكان ربا و قد تقدم ايضا انه قال فى النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن عنده ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ ما باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذ بنقصان لم يكن صحيحا.

و الحاصل ان ما ذكره فى المبسوط و الخلاف و النهاية متفرع على القاعدة التى أشار إليه المصنف ره و هى أنه يجرى على عوض الجنس الربوى حكم ذلك الجنس الربوى بمعنى انه لا يجوز مبادلة ذلك العوض بذلك الجنس بالأكثر أو بالأقل مثلا إذا باع مقدارا من الحنطة الأخرى ثانية بالزيادة أو النقيصة من الحنطة المباعة أولا فإنها ترجع إلى مبادلة الحنطة بالحنطة بتفاوت كما أنه لو اشترى نفس ما باعه أولا لكان من بيع الدراهم بالدراهم مع الاختلاف.

و القاعدة المشار إليها تستفاد من التعليل الوارد فى صحيحة على بن جعفر المروية فى باب السلم قال سألته عن رجل له علىّ تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته قال إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم.

و يؤيد ذلك بعض الروايات الواردة فى منع المشترى فى السلم عن بيع ما على البائع منه الا برأس ماله.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۶۶

و اما الحكم فى المستثنى (۱).

و بتعبير آخر إذا كان الدين على المشترى فلا يجوز للبائع شراء جنس ما باعه بدلا عن الدين و لا عين ما باعه مع الاختلاف و التفاضل كما أنه إذا كان الدين على البائع كما فى بيع السلم فلا يجوز للمشترى بيع ذلك الدين من بايعه بجنس الثمن مع التفاضل حيث انه يجرى على العوض الثانى للدين حكم العوض الأول للدين فى أنه لا يجوز معاوضة ذلك الدين بجنس العوض الأول مع التفاضل بلا فرق بين كون المعاوضة الثانية بعد حلول الأجل أو قبله و كون العوض الثانى أقل من العوض الأول أو أكثر.

أقول هذه القاعدة لا أساس لها فإن الأخبار الواردة فى بيع العينة دلالتها واضحة فى ان للبائع شراء ما باعه مؤجلا أولا بنقصان نقدا ثانيا و صحيحة على بن جعفر لا يرتبط بالمقام فان الالتزام بعدم جواز شراء البائع فى بيع السلف ما باعه إلا برأس المال ظاهر بعض

الروایات المعتبرة کصحیحة محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل أعطی رجلا ورقا فی وصیف إلی أجل مسمی فقال له صاحبه لا نجد وصیفا خذ منی قیمة وصیفک الیوم ورقا قال فقال لا یأخذ إلا وصیفه أو ورقه الذی أعطاه أول مرّة لا یزداد علیه شیئا و لا یعارضها مثل روایة حسن بن علی بن فضال قال کتبت الی ابی الحسن علیه السلام الرجل یسلفنی فی الطعام فیجیء الوقت و لیس عندی طعام أعطیه بقیمته دراهم قال نعم فإنه مع الإغماض عن السند یحمل إطلاقه علی إذا کان الدراهم مساویة مع الثمن المسمی من غیر زیادة جمعا بینهما کما لا یخفی بل لا یبعد ان یقال لا یختص الحکم ببیع السلف بل إذا کان المبیع کلیا فی العهدة لا یجوز بیعه من بائعه إلا برأس المال أخذا بإطلاق صحیحة علی بن جعفر المتقدمة کما لا یخفی.

(۱) اما الکلام فی المستثنی أی بیع المتاع علی ان یبیعه من بایعه ثانیا فقد یستدل علی بطلان البیع المزبور بوجوه:

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۶۷

....

منها ما ذکره فی التذکرة من کون البیع دوریا لان تحقق البیع موقوف علی حصول شرطه کما هو مقتضی توقف کلّ مشروط علی تحقق شرطه و تحقق الشرط موقوف علی حصول البیع لأن المشتری ما لم یتملک المبیع فلا یمکن له بیعه من بایعه نعم لا بأس إذا شرط فی بیع المتاع بیعه من شخص آخر لان هذا الشرط لا یخالف الکتاب و السنة.

لا یقال ما ذکر من لزوم الدور یجری فی هذه الصورة أیضا.

فإنه یقال بیع المشتری المتاع من شخص آخر لا یتوقف علی تملکه ذلک المتاع لإمکان وقوعه علی نحو بیع الفضولی أو البیع بالوکالة بخلاف بیعه من بائعه فإنه لا یتصور فیه الفضولیة أو الوکالة.

أقول الشرط فی المعاملات بمعنی التزام آخر و لا یکون المشروط هو المعلق علیه للبیع لیلزم فی الفرض الدور و ما ذکر من صحة اشتراط بیعه من شخص آخر و انه لا یلزم الدور ضعیف جدا لانه لو کان المراد من بیعه من آخر فضولا أو وکالة لکان المشروط منافیا لمقتضی البیع لان مقتضی البیع ان لا یکون البیع من الآخر بالوکالة أو فضولا و مقتضی الشرط ان یکون بالوکالة و الفضولیة علی الفرض ثم انه ره التزم فی التذکرة بجواز اشتراط رهن المبیع علی الثمن و علیه یبقی بیان الفرق بین اشتراط ذلک و اشتراط المبیع من بایعه ثانیا.

و ربما یفرق بینهما بان الرهن علی الثمن من توابع البیع و من مصالح تمامه و لا بأس باشتراط ما یکون من توابع البیع و أحکامه نظیر اشتراط عدم تأخیر الثمن بخلاف بیع المبیع من بایعه ثانیا فإنه ربما یکون منافیا لقصد البیع الأول کما یأتی.

نعم یرد علیه النقض بیع المتاع و الاشتراط علی المشتری ان یوقفه علی البائع و ولده فان هذا الاشتراط صحیح عند العلامة مع أن الوقف المزبور لیس من توابع البیع و مصالحه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۶۸

و استدل علیه ایضا بعدم قصد البائع (۱).

و استدل فی الحدائق بقوله علیه السلام فی روایة الحسین بن المنذر (۲).

أقول لم یظهر الوجه لدعوی ان الرهن علی الثمن من توابع البیع دون بیعه من بایعه ثانیا فان التابع بمعنی کونه حکما للبیع الأول غیر حاصل فی شیء منهما و بمعنی التوقف علی حصول البیع موجود فی کل منهما کما لا یخفی.

نعم لا یکون البیع الثانی من مصلحة البیع الأول بخلاف الرهن و لکن هذا لا یوجب الفرق فی الدور و عدمه.

(۱) و هذا هو الوجه الثانی لبطلان البیع المشروط فیه بیع الشیء من بایعه ثانیا و حاصله عدم قصد البائع حقیقة إخراج المال عن ملکه

و تملیکه من مشتریه بالعوض و استحسن الشهید ره هذا الوجه فی غایة المراد.

و لکن لا- یخفی ما فیه فإنه یرد علیه ما ذکره الشهید و المحقق الثانیان من أن لازم ذلک هو الحکم ببطلان البیع الأول حتی فیما لم یجعلا- البیع من بایعه شرطا بل کان مجرد بناء خارجی مع الإجماع علی الصحة معه کما هو مقتضی مشروعیة بیع العینة أضف الی ذلک أن عدم تحقق القصد علی تقدیره ینحصر بما إذا لم یختلف البیعان فی الثمن و لم یختلفا بالنقد و النسیئة کیف و البیع الثانی المقصود یتوقف علی البیع الأول فلا بد من کونه مقصودا ایضا کما لا یخفی.

(۲) استدل فی الحدائق علی بطلان البیع المشروط فیه بیع الشیء من بایعه ثانیا بقوله علیه السلام فی روایة الحسین بن المنذر المتقدمة ان کان بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع و کنت أنت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر فلا بأس.

و وجه الاستدلال ان المراد بالخیار فیه هو الاختیار و حاصل الجواب انه علی تقدیر کون المشتری مختارا فی بیع المبیع ثانیا و أنت علی اختیار من شرائه فلا بأس و نفی البأس إما راجع الی البیع الأول فیکون مفهوم الجواب انه ان لم یکن الطرفان علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۶۹

....

اختیار مما ذکر ففی البیع الأول بأس و اما راجع الی البیع الثانی فیکون مفهومه ان لم یکونا علی اختیار ففی البیع الثانی بأس و البأس فی الثانی یکشف عن بطلان البیع الأول حیث انه لو صح الأول فلا- موجب لبطلان الثانی بل یکون الثانی لازما لا یجری فیه حتی الخیار الثابت فی سائر البیوع کما هو مقتضی الشرط.

لا یقال ثبوت البأس بالمفهوم لا یدل علی المنع الوضعی لاحتمال کونه کراهة و کراهة الثانی أو الأول لا تنافی صحتهما.

فإنه یقال ثبوت البأس فی المعاملة ظاهره فسادها کما أن ظاهر فی الأفعال الخارجیة حرمتها.

لا- یقال کما أن الروایة بمفهومها دالة علی البطلان فیما إذا اشترط البائع علی المشتری بیع المبیع منه ثانیا کذلک تدل علی البطلان فیما إذا اشترط المشتری علی البائع شرائه منه ثانیا مع انه لا- خلاف فی الجواز فی صورة اشتراط المشتری علی البائع فإنه یقال کلا الفرضین متحد فی الحکم و دعوی الاتفاق علی الجواز فی الثانی غیر صحیحة.

و لکن الإنصاف عدم دلالة الروایة علی بطلان البیع الأول بل ظاهرها بطلان البیع الثانی و بطلانه لبطلان الشرط فی البیع الأول و عدم وقوع الثانی مع الغمض عنه بالاختیار و بطلان الشرط فی البیع الأول لا یسری الی نفس البیع علی ما تقدم فیکون حاصل الروایة أنه لا بأس بالبیع الثانی فیما إذا لم یکن الطرفان غیر ملزمین به و فیه بأس مع کونهما ملزمین علیه بمقتضی الشرط فی البیع الأول خلافا لأهل المسجد حیث کانوا علی اعتقاد البطلان فی البیع الثانی حتی فیما إذا لم یکونا ملزمین علیه و لم یشترطاه فی البیع الأول و أنه انما یصح البیع الثانی فیما إذا وقع مع فصل شهر أو أزید حتی فیما إذا اشترطا البیع المنفصل فی البیع الأول و یظهر ذلک من صحیحة علی بن

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۰

[القول فی القبض]

[مسألة اختلفوا فی ماهیة القبض فی المنقول]

اشارة

بل التحقیق ان القبض مطلقا استیلاء المشتری (۱).

جعفر المتقدمهٔ أیضا حیث ذکر سلام اللّه علیه فیها إذا لم یشترط و رضیا فلا بأس فإن الضمیر المقدر فی قوله لم یشترط و فی قوله رضیا و فی قوله لا بأس مرجعه واحد و لا ینبغی الریب فی ان المرجع فی الأولین هو البیع الثانی فیکون نفی البأس أیضا راجعا الیه.

ثم ان العمدهٔ فی سند الحکم بالبطلان و کون الشرط فی البیع الأول فاسدا هی هذه الصحیحهٔ لا روایهٔ الحسین بن المنذر حتی یناقش فی سندها و بما ان المفروض اختلاف الثمنین فی البیعین فیحکم بالصحهٔ فی صورهٔ تساویهما و لو مع شرط البیع الثانی فی البیع الأول.

و قد ذکرنا ان المتیقن لو لا ظاهرها بطلان البیع الثانی فی صورهٔ اشتراطه و اما البیع الأول فیؤخذ فیه بإطلاق حل البیع کما لا یخفی.

(۱) و حاصل ما ذکره (قده) فی المقام ان قبض المبیع فعل المشتری و المراد به استیلائه علی المبیع سواء کان قابلا للنقل الخارجی أم لا کالأراضی و البساتین و الاستیلاء علی المبیع یختلف بحسب اختلاف الأشیاء و لا یلزم المباشرهٔ فی کلها بالید فضلا عن المباشرهٔ بجمیع الید لا- بمثل رؤوس الأصابع و اما التخلیهٔ فهی فعل البائع و یتوقف علیه وصول المبیع إلی المشتری کرفع البائع جمیع الموانع بین المال و المشتری و اذنه له فی التصرف الخارجی فیه و ربما یعبر عن هذه التخلیهٔ بالتسلیم و الإقباض.

ثم ان الأحکام المترتبهٔ علی وضع الید علی مال الغیر عدوانا أو بغیره لا یترتب الا علی الاستیلاء المزبور و ربما یترتب بعض الأحکام علی القبض بمعنی التخلیهٔ کوجوب تسلیم المبیع علی البائع و وجوب رد الامانهٔ علی مالکها و وجوب قبض العین المرهونهٔ علی الراهن فیما إذا کان الرهن لازما کاشتراطه فی عقد لازم الی غیر ذلک و علی ذلک فاللازم فی الموارد ملاحظهٔ ان الحکم فیها مترتب بحسب ظاهر الخطاب علی القبض بمعنی الاستیلاء الذی هو فعل القابض أو علی التخلیهٔ التی فعل المقبض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۱

....

بالکسر.

و لذلک فصل الشهید (ره) فی الدروس بین قبض البائع الموجب لارتفاع ضمان المبیع عنه و بین مثل بیع مشتری المکیل أو الموزون من آخر حیث انه اکتفی فی ارتفاع الضمان بالتخلیهٔ و التزم بعدم کفایتها فی بیع المشتری المکیل أو الموزون و هذا علی تقدیر الاستناد فی ارتفاع الضمان علی النبوی کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه غیر ظاهر فان ظاهره اعتبار القبض الذی من فعل المشتری.

نعم لو استند فی ارتفاعه إلی روایهٔ عقبهٔ بن خالد فظاهرها اعتبار التخلیهٔ فی ارتفاع ضمان البائع و علی ذلک فیمکن حمل النبوی علی ظاهر الروایهٔ بأن یکون الاعتبار فی ارتفاع الضمان بالتخلیهٔ و ذکر قبض المشتری فی النبوی من جهٔ کونه مقارنا غالبا بالتخلیهٔ و یمکن ان یکون الاعتبار فی ارتفاع الضمان بقبض المشتری و استیلائه کما هو ظاهر النبوی و ذکر ما یقرب إلی التخلیهٔ فی الروایهٔ لکونها ملازما غالبا لوصول المال الی ید المشتری.

و یشهد لکون ظاهر النبوی هو الأخذ و الاستیلاء أن جامع المقاصد نقل قول الثامن أی التخلیهٔ عن الشهید ره فی الدروس ثم قال و ظاهر الخبر خلاف ذلک و هذا الکلام من جامع المقاصد حسن لو کان مراده بالخبر النبوی و اما إذا کان مراده روایهٔ عقبهٔ خالد فقد ذکرنا ان ظاهرها التخلیهٔ و ینبغی عدّ القول الثامن موافقا لها لا مخالفا لها.

لا- یقال ظاهر معتبرهٔ عقبهٔ خالد علی خلاف الإجماع و ذلک فإنه اعتبر فیها فی ارتفاع الضمان أمر آخر غیر تخلیهٔ البائع و غیر أخذ المشتری و الأمر الآخر هو إخراج البائع المتاع من بیته مثلا إذا باع متاعا من زید و سلمه الیه و تلف المتاع فی ید زید قبل خروجه من بیت البائع فظاهر الروایهٔ ضمانه علی البائع مع انه خلاف المتسالم علیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۲

قوله و اما اعتبار الکیل و الوزن أو کفایته فی قبض المکیل و الموزون (۱).

و الحاصل ان الروایة بظاهرها معرض عنها و الجواب ان إخراج البائع المتاع من بینه کنایة عن عدم إمساکه و تسلیمه الی المشتری فیکون مساوقا لاعتبار التخلیة، و التعبیر عن رفع البائع یده عما باعه بما فی الروایة متعارف و اعتبار إخراج المال من بیت البائع أمر یقتضیه الجمود علی اللفظ فی الروایة بحمله علی الاستعمال الحقیقی دون الکنایة.

أقول لا یبعد اعتبار روایة عقبة خالد بدعوی ان عقبة بن خالد من المشاهیر المشار إلیهم و لا یستفاد منها غیر التخلیة علی ما تقدم و لو کان النبوی ظاهرا فی اعتبار فعل القابض فی ارتفاع ضمان البائع فلضعف سنده لا یمکن حمل الروایة علیه خصوصا بملاحظة السیرة الجاریة من العقلاء علی انحلال البیع بتلف المبیع الشخصی بل الثمن الشخصی أیضا قبل التخلیة و قد تقدم سابقا من ان إتلاف المشتری المبیع بید بایعه و إتلاف البائع الثمن بید المشتری خارج عن مدلول الروایة و السیرة العقلائیة المشار إلیها و علی الجملة فلا بد فی سائر الموارد من ملاحظة الأدلة الواردة فیها و أن مقتضی تلک الأدلة اعتبار فعل القابض أو فعل المقبض أی التخلیة أو أن المعتبر فعل المقبض بما هو اقباض لا التخلیة کما لا یخفی.

(۱) و حاصله أنه یحتمل ان یعتبر الکیل و الوزن فی قبض المکیل و الموزون و ان یکون الکیل أو الوزن بمجردهما کافیا فی تحقق القبض فی المکیل و الموزون و علی کل منهما فالاعتبار کما اعترف غیر واحد تعبّد مستفاد من مثل صحیحة معاویة بن وهب قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یبیع البیع قبل ان یقبضه فقال ما لم یکن کیل أو وزن فلا تبعه حتی تکیله أو تزنه الا ان تولّیه الذی قام علیه «۱» و صحیحة

---

(۱). الوسائل ج ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۳

....

منصور بن حازم عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال إذا اشتریت متاعا فیه کیل أو وزن فلا تبعه حتی تقبضه الا ان تولیه «۱» و فی صحیحة علی بن جعفر عن أخیه انه سال أخاه موسی بن جعفر علیهما السّلام عن الرجل یشتری الطعام أ یصلح بیعه قبل ان یقبضه قال إذا ربح لم یصلح حتی یقبض و ان کان یولیه فلا بأس «۲» و روایة أبی بصیر قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری طعاما ثم باعه قبل ان یکیله قال لا- یعجبنی ان یبیع کیلا- أو وزنا قبل أن یکیله أو یزنه الا ان یولیه کما اشتراه إذا لم یربح فیه أو یضع «۳» الی غیر ذلک فان اعتبار الکیل أو الوزن قبل البیع الثانی لیس لإحراز مقدار المبیع لیتم الشرط بالإضافة إلی البیع المزبور حیث انه لو کان ذکرهما لذلک لم یکن وجه للفرق بین التولیة و غیرها لأن إحراز کیل المبیع أو وزنه شرط فی کل بیع تولیة کانت أو غیرها فیتعین ان یکون ذکر الکیل أو الوزن لجهة أخری و تلک الجهة قبض المکیل أو الموزون و ان الکیل و الوزن معتبران فی قبضهما.

و بذلک یظهر ضعف ما ذکر فی المسالک و حاصله انه لیس ذکر الکیل أو الوزن لعدم تحقق القبض بدونهما بل هما لتصحیح البیع و اما القبض الرافع للضمان فیحصل بدونهما و هذا مقتضی الجمع بین هذه الروایات و الخبر الآخر یعنی روایة عقبة بن خالد الدالة علی ارتفاع الضمان بإخراج البائع یده عن المال و تسلیمه الی المشتری لا- یقال قد عبّر فی الروایات عن الکیل أو الوزن بالقبض فیکون ذکرهما لاعتبارهما فی القبض فإنه یقال التعبیر عن الکیل و الوزن بالقبض باعتبار الغالب من ان البائع یرفع یده عن الطعام بکیله أو وزنه فیکون الکیل أو الوزن قبضا و زیادة و لذا عبر عنهما بالقبض.

---

(۱). الوسائل ج ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

(۲). الوسائل ج ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

(۳). الوسائل ج ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۴

....

و وجه ظهور الضعف أنه لو کان الکیل أو الوزن لإحراز الشرط للبیع الثانی لم یکن وجه للفرق بین کون ذلک البیع تولیهٔ أو غیرها.

أقول یمکن دعوی ان مقتضی روایهٔ عقبهٔ بن خالد حصول القبض فی المکیل و الموزون ایضا بالتخلیهٔ فیخرج بها البائع عن ضمان ما اقبضه کما إذا اشتری طعاما خارجیا باخبار بایعه بکیله أو وزنه فإنه یخرج بایعه عن ضمانه بالتخلیهٔ و لکن لا یجوز للمشتری ان یبیعه بغیر التولیهٔ قبل ان یکیله.

و بتعبیر آخر إذا کان المکیل و الموزون مما اشتراه بغیر کیل أو وزن بان اشتراه بإخبار البائع بوزنه أو کیله یجوز بیعه تولیهٔ قبل قبضه و قبل کیله و یدل علی عدم اعتبار القبض فی الفرض صحیحهٔ علی بن جعفر حیث سأل أخاه علیه السلام عن الرجل یشتری الطعام أ یصلح بیعه قبل ان یقبضه فقال علیه السلام إذا ربح لم یصلح حتی یقبض و ان کان یولیه فلا بأس و یدل علی عدم اعتبار الکیل و الوزن فی الفرض صحیحهٔ معاویهٔ بن وهب المتقدمهٔ عن الرجل یبیع البیع قبل ان یقبضه فقال ما لم یکن کیل أو وزن فلا تبعه حتی تکیله أو تزنه الا ـ ان یولیه الذی قام علیه و التعرض لاعتبار الکیل و الوزن مع وقوع السؤال عن جواز البیع قبل القبض لأجل أن کیل المشتری أو وزنه غالبا یحصل به تخلیهٔ المالک أو تحصل التخلیهٔ قبل ذلک.

و الحاصل یعتبر فی جواز بیع ما اشتراه بغیر الکیل أو الوزن کالاعتماد علی اخبار البائع بهما أو کان المبیع کلیا فی الذمهٔ أو فی المعین القبض و الکیل أو الوزن قبل البیع الثانی فیما کان بغیر التولیهٔ لا أن الکیل أو الوزن یعتبر فی تحقق القبض المخرج البائع عن ضمان ما اقبضه کما هو ظاهر المصنف و غیره فی المقام و فی روایهٔ محمد بن حمران قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام اشترینا طعاما فزعم صاحبه انه کاله فصدقناه و أخذناه بکیله فقال لا بأس فقلت أ یجوز بیعه کما اشتریته بغیر کیل قال لا اما أنت فلا تبعه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۵

[فرعان]

[الأول قال فی التذکرهٔ لو باع دارا أو سفینهٔ مشحونهٔ]

قال فی التذکرهٔ لو باع دارا أو سفینهٔ مشحونهٔ (۱).

[الثانی قال فی المسالک لو کان المبیع مکیلا أو موزونا]

قال فی المسالک لو کان المبیع مکیلا أو موزونا (۲).

حتی تکیله.

و علی الجملهٔ هذه الروایات فی مقام اعتبار الکیل أو الوزن فی جواز بیع ما اشتراه بغیر التولیهٔ و لا دلالهٔ لها علی اعتبارهما فی القبض المخرج البائع عن ضمان ما باعه و اقبضه کما لا یخفی.

(١) هذا من التعرض للصغرى بعد بيان كبرى القبض و حاصله انه لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتعة باقية فى ملك بائعها و لكن أذن للمشترى تحويل تلك الأمتعة و نقلها الى مكان آخر يكون هذا من قبض الدار أو السفينة فيترتب عليه حكمه من خروج البائع عن الضمان و غيره و إذا باع متاعا منقولا و كان المتاع فى موضع غير مملوك للبائع يكون نقل المشترى المتاع الى موضع آخر قبضا و ان كان المتاع فى موضع مملوك للبائع و اذن للمشترى فى نقله فبنقله الى موضع آخر مملوك للبائع أيضا يحصل القبض و كأن المشترى استعار من البائع الموضع المنقول اليه و ان كان بغير اذن البائع لم يجز النقل و لكن مع ذلك يدخل المتاع فى ضمان المشترى و ان لم يعد ذلك قبضا.

أقول لا يبعد تحقق القبض ايضا و لو مع عدم اذن البائع للمشترى فى نقل الأمتعة إلى مكان آخر و ان للمشترى تفريغ الدار أو السفينة من تلك الأمتعة رضى البائع أم لا و ايضا ان تحقق القبض فى المنقول لا يتوقف على النقل على ما تقدم.

(٢) و حاصله ان جواز البيع الأول أى إحراز كيل المبيع أو وزنه قد يكون بالكيل أو الوزن عند البيع و قد يجوز البيع الأول من غير وزن أو كيل عند ذلك البيع بأن أخبر البائع بمقدار المبيع كيلا أو وزنا أو لوقوع البيع على نحو الكلى فى المعين كما إذا اشترى عشر كيلوات حنطة من صبرة مشتملة عليها و فى الغرض الذى لم يحصل الكيل و الوزن مع صحة البيع فاللازم الكيل أو الوزن قبل البيع الثانى فيما لم يكن بنحو التولية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۷۶

....

للروايات المتقدمة.

و اما فى فرض الكيل أو الوزن عند البيع الأول فيحتمل الاكتفاء به و عدم لزوم اعادة الكيل أو الوزن قبل البيع الثانى لأنه لا يصدق على البيع الثانى من غير تجديد الكيل أو الوزن العنوان المنهى عنه فى الروايات و ان المشترى قد باع الطعام قبل ان تكيله أو يزنه بل يصدق أنه قد باعه بعد كيله أو وزنه و يحتمل لزوم تجديد الكيل أو الوزن و ذلك فان الكيل أو الوزن ليس شرطا فى معرفة مقدار البيع ليقال بتحققه بالكيل أو الوزن قبل ذلك بل الكيل أو الوزن قبض للمبيع و لا يجوز البيع الثانى بغير التولية قبله و الكيل و الوزن الأول شرط لإحراز مقدار المبيع بلا فرق بين بيع التولية و غيرها و هذا الاحتمال الثانى هو الأقوى كما عليه العلامة و الشهيد و جماعة انتهى.

و أورد على كلامه المصنف بان لازم اعتبار تجديد الكيل أو الوزن فى حصول القبض كون المبيع فى ضمان البائع قبل الكيل أو الوزن الثانى حتى ما أخذه المشترى بعد الكيل أو الوزن الأول و تصرف فيه بالطحن أو غيره و لو بعد حمله إلى منزله و يبقى هذا الضمان حتى بكيله أو يزنه ثانيا و ان لم يرد بيعه ثانيا.

و كذا يلزم ان يبقى فى ضمان البائع فيما إذا كال أو وزن قبل البيع الأول و قبض الموزون أو المكيل و عقد عليه مع البائع الأول و لذا خصص المحقق الأردبيلى ان اعتبار الكيل أو الوزن فى البيع الثانى بما إذا كان البيع الأول بإخبار البائع بمقدار مبيعة أو كان البيع الأول بعنوان الكلى فى المعين حيث ان القبض فى المبيع كذلك يكون بالكيل أو الوزن على ما فى الروايات و اما إذا كان البيع الأول بعد تعيين المبيع فيه بالكيل أو الوزن يكون القبض فيه بالأخذ لخروج ذلك عن مورد النهى فى الروايات المتقدمة.

أقول يرد على المصنف ايضا فيما إذا أخبر البائع الأول بمقدار المبيع و قد أخذه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۷۷

ثم الظاهر ان مراد المسالك ممّا نسبه الى العلامة و الشهيد (١).

المشتری و طحنه فان القول بأنه لم یحصل قبضه فالمبیع بعد فی ضمان البائع کما تری و الصحیح ان الکیل أو الوزن لا یعتبر فی حصول القبض مطلقا بل یحصل القبض بالتخلیة أو استیلاء المشتری بلا فرق بین الموزون و المکیل و غیره حتی ما إذا باع کلیا علی العهدة أو فی المعین ثم سلم فردا من ذلک الکلی باخباره بأنه بمقدار المبیع فالنهی عن بیعه قبل الکیل أو الوزن کنایة عن حصول القبض علی ما تقدم أو یحمل علی الکراهة أو یقال اعتبار الکیل أو الوزن لرعایة اخبار المشتری حیث ان ظاهر أخباره الشهادة بکیل المبیع أو وزنه نظیر ما ورد فی شراء العصیر مع اخبار بایعه بذهاب ثلثیه بأنه لا یجوز للمشتری بیعه ثانیا اعتمادا علی اخبار البائع الأول فتدبر.

(۱) هذا تعرض للوجه الموجب لنسبة المسالک اعتبار الکیل أو الوزن الثانی إلی العلامة و الشهید و جماعة و الوجه فی النسبة إلی العلامة أنه ذکر فی القواعد تفریعا علی القول باعتبار القبض بالکیل أو الوزن قبل البیع الثانی لو اشتری مکایلة و باع مکایلة فلا بد لکل بیع کیل جدید لیتم القبض مع انه قد شرح فی جامع المقاصد هذا الکلام بما ظاهره ان حضور المشتری للکیل الأول أو اخبار بایعه به کفی نقل المبیع فی تحقق القبض و قیام الحضور عند کیله أو اخبار البائع بمقداره منزلة الکیل أو الوزن فی تحقق القبض.

و اما وجه النسبة إلی الشهید (قده) انه ذکر فی دروسه بعد اختیاره کفایة التخلیة فی القبض الموجب لارتفاع ضمان البائع و قوله انه لو لم یأخذ المشتری المبیع حتی یکتاله أو یزنه لم یرتفع الضمان انه لا یکفی اعتبار الأول فی القبض یعنی لا یکفی الکیل الأول عن الکیل المحقق للقبض.

و ذکر (قده) انه یبعد ان ینسب الی الشیخ (قده) و من تبعه و الی العلامة اعتبار الکیل أو الوزن فی قبض المبیع فیما إذا کیل أو وزن عند شرائه بحضور المشتری لأنه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۸

[القول فی وجوب القبض]

[مسألة یجب علی کل من المتبایعین تسلیم ما استحقه الآخر بالبیع]

و لعل وجهه دعوی انصراف إطلاق العقد (۱).

لا یحتاج تسمیة مقدار الکیل فی شرائه فی الفرض و انما یحتاج إلی تسمیة مقدار الکیل أو الوزن فیما إذا کان الشراء اعتمادا علی اخبار البائع بالوزن أو الکیل و فی هذا الفرض یمکن اعتبار الکیل أو الوزن فی القبض حتی فی غیر البیع ایضا مثلا إذا رهن إناء معینا من صفر لا یحتاج قبضه الی الوزن مع ان الصفر من الموزون بخلاف ما إذا رهنه علی ان وزنه کذا فإنه یمکن ان ان یدعی ان تحقق القبض فیه بالوزن و ان القبض بلا وزن کلا قبض.

و علی ذلک فقول العلامة لو اشتری مکایلة و باع مکایلة راجع الی وقوع الشراء و البیع ثانیا باشتراط مقدار الکیل الحاصل باخبار بایعه فإنه یعتبر فی هذه الصورة فی قبضه الکیل و کذا لو باعه من مشتر آخر من غیر حضور ذلک الآخر کیله بان باعه باشتراط کیله یعتبر فی تحقق قبضه من ذلک الآخر الکیل الجدید و یؤید هذا الاحتمال تکرار المکایلة و وجه التأیید انه لو لم یکن المراد بالمکایلة تسمیة مقدار کیل الشیء اشتراطا فی بیعه لکان الأنسب أن یقول لو اشتری المکیل و باعه فلا بد لکل من الشراء و البیع من کیل جدید.

و یشهد بان المراد بالمکایلة ما ذکر من اشتراط مقدار الکیل قول العلامة فی التذکرة أنه لو قبض ما اشتراه مکایلة جزافا حیث لا معنی

بالأخذ الجزاف فی الشراء بحضور الکیل کما یشهد بذلک قوله فی موضع آخر من التذکرة انه لو أخذ ما اشتراه کیلا بالوزن فان تیقن بحصول الحق فیه إلخ فإن الشک لا یتصور مع حضور المشتری الکیل و لو وزنه عند قبضه ثانیا.

(۱) لم یظهر وجه للانصراف المزبور فإن المطالبهٔ بالثمن عند ارادهٔ تسلیم المبیع أمر متعارف و لیس أمرا قبیحا و لا مقبحا و لا یقاس ذلک بالمطالبهٔ بالأجرهٔ قبل العمل لأن المطالبهٔ بالأجرهٔ یکون مع تسلیم العمل و تسلیمه یکون بتمامه لا قبله نعم المتعارف فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۷۹

....

بعض الموارد کاستنابهٔ الحج تسلیم الأجرهٔ قبل العمل و هذا التعارف کاشتراط ضمنی یرفع الید به عن مقتضی إطلاق العقد فی سائر الموارد.

و مما ذکرنا انه لا قبح فی مطالبهٔ الأجرهٔ عند تسلیم العین المستأجرهٔ حیث تکون تسلیم المنفعهٔ بتسلیمها نعم یکون فی بعض الأعیان و فی بعض البلاد تعارف یعتبر شرطا ضمنیا کما لا یخفی.

و توضیح المقام انه قد یقال بما أن البیع تملیک عین بعوض فبتمامه یکون المبیع ملکا للمشتری و الثمن ملکا للبائع فیترتب علی کل من الملکین حکمه من عدم جواز الإمساک بمال صاحبه فیلزم دفعه الیه خروجا عن الإمساک بمال الآخر بغیر رضا صاحبه.

نعم لو کان أحد العوضین من قبیل الدین یترتب علیه حکمه من وجوب الوفاء به مع مطالبهٔ الدائن و علی ذلک یجبر الممتنع عن التسلیم و الوفاء علیهما من باب الأمر بالمعروف و لو امتنعا یجبرا علی التسلیم و الوفاء من ذلک الباب فلا یجوز لأحدهما الامتناع حتی مع امتناع صاحبه و عدم إمکان إجباره و هذا ظاهر کلام الأردبیلی قده حیث قال فی المحکی عنه ان وجوب التسلیم علی کل منهما لیس مشروطا بتحققه من الآخر فلا یسقط التکلیف بأداء مال الغیر عن أحدهما بمعصیهٔ الآخر و ان ظلم أحدهما لا یسوغ ظلم الآخر و یترتب علی ذلک انه لو وقع ماله بیده بدون الإقباض تم القبض.

و قد یقال انه بتمام البیع و ان یصیر المبیع ملکا للمشتری و الثمن ملکا للبائع الا أن فی البین شرط ضمنی و هو أن علی کل منهما الإقباض فیما لو حصل منه لکان مقارنا لإقباض الآخر و لو أحرز أنه علی تقدیر إقباضه لا یحصل الإقباض من الآخر معه لا یجب علیه الإقباض و لا یکون هذا ظلما بل الظالم هو الآخر حیث یمسک بمال الآخر مع إحرازه انه علی تقدیر إقباضه یتسلم ماله من الآخر.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۸۰

....

و یترتب علی ذلک أنه لو کان منهما ممتنعا عن الإقباض فلا- موجب لاجبارهما علی التقابض لو کان کل منهما باذلا و تشاحا فی الإقباض أولا فقد یقال بإقباض البائع و إجباره به أولا و قد ذکرنا ضعفه بل الوجه التقابض معا و إجبارهما علیه لما تقدم من أن علی کل منهما الإقباض مع کون الآخر باذلا عنده فما هو القید فی وجوب عمل کل منهما علی ما التزم به حاصل کما لا یخفی هذا کله فیما کان عدم اقباض الآخر عن غیر عذر.

و اما مع العذر کما إذا کان الثمن کلیا و کان معسرا فقد تقدم ان للآخر الفسخ و الرجوع الی عین ماله و یدل علی ذلک مضافا الی کونه مقتضی الشرط الارتکازی ما ورد فی المفلس من ان صاحب المتاع إذا وجد عین ماله فلا یحاصوه الغرماء.

و قد ذکرنا ان ذلک الفسخ لا یختص بما إذا کان البیع حالا بل یجری فی النسیئهٔ أیضا فیما إذا حلّ الأجل و امتنع المشتری عن الوفاء بالدین بالعذر و بغیره کما یقتضیه أیضا إطلاق ما ورد فی المفلس فراجع.

نعم لا- یجوز فی مورد کون الثمن نسیئهٔ الإمساک بالمبیع حتی یتسلم الثمن فإن التأجیل فی الثمن إسقاط لحق المطالبهٔ الی ذلک

الأجل و التزام بقبض المبیع من غیر تسلم الثمن مع و لو لم یتفق تسلیم المبیع حتی حل الأجل لم یکن له الحبس بل یکون للمشتری حبس الثمن و ترک الأداء حتی یتسلم المبیع لان الساقط فی بیع النسیئة الاشتراط علی المشتری لا الاشتراط علی البائع کما لا یخفی.

ثم انه قد ذکر المصنف (ره) ان عدم جواز حبس البائع المبیع علی المشتری بعد حلول الأجل لالتزامه علی نفسه بتسلیمه من دون تعلیق یؤید ان حق الحبس لمجرد ثبوت حق للحابس علی صاحبه بان یمتنع عن اقباض ما عنده حتی یتسلم ما عند صاحبه و لو کان صاحبه باذلا کما نقل العلامة عن قوم توهم ذلک بل ثبوت حق

لم یحصل القبض (۱).

الحبس للحابس بإزاء حبس صاحبه و امتناعه و حیث لم یکن من ناحیة من علیه الثمن المؤجل حبس فلا یثبت للبائع حق الحبس فی الفرض.

أقول لا تأیید لذلک فیما ذکر، و ذلک فإنه لو ثبت حق الحبس للحابس مطلقا و کان له الامتناع عن التسلیم حتی یتسلم العوض لما کان للبائع فی الفرض حق الحبس أیضا لإسقاطه ذلک الحق ببیع المال نسیئة کما لا یخفی.

و لا یبعد دعوی أن حبس المال المنتقل الی الغیر علی مالکه بإزاء حبس ذلک المالک لا یختص بالبیع و لا سائر المعاوضات المالیة بل هو مما یترتب علی وضع الید و استیلاء الغیر علی ملک الشخص من غیر حق أو الامتناع عن أداء ما علیه مع التمکن علیه و هذا مما جرت السیرة العقلائیة علیه و لم یردع عنه الشرع.

و علی ذلک فلو امتنع من علیه الثمن المؤجل بعد حلول الأجل عن أداء الدین فللبائع أخذ العین أو غیرها من یده أو عدم تسلیمها الیه حتی یبذل ذلک الثمن المؤجل و هذا من التقاص فی الإمساک و لا یجری فی موارد البذل و التشاح فی البدء بل یختص بموارد الامتناع و حبس المال علی مالکه و لو فرض امتناع کل منهما عن التسلیم بحیث لو فرض بذل صاحبه لحبس ماله علیه أیضا أجبرا علی التباذل و الخروج عن الامتناع لانه لیس امتناع أحدهما تقاصا کما یخفی.

(۱) یعنی لا یسقط حق صاحبه بالإمساک بذلک المال حتی یتسلم العوض نعم قد حصل بذلک القبض الموجب لخروج المال عن عهدة صاحبه.

و اما سائر الأحکام فقد ذکر فی التذکرة انه لا یجوز بیع ذلک المال إذا کان من المکیل و الموزون و لعل وجهه انصراف ما دل علی کون البیع بعد قبضهما الی القبض الصحیح أی بعد القبض الذی لا یکون لبائعه حق الإمساک بالمقبوض.

أقول لا یخفی ان فساد القبض بمعنی عدم کون الاستیلاء بإذن البائع و رضاه

و لا یحجر علیه فیما عنده (۱)

[مسألة یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا]

یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا (۲).

باعتبار أن للبائع حق الإمساک بالعین فیکون أخذه و الإمساک بها بلا رضاه و اذنه منافیا لذلک الحق فیکون تعدیا و ظلما علی البائع.

و بتعبیر آخر یکون الأخذ کذلک محرما و لا یسقط حق البائع به.

و اما سائر التصرفات فى العين المقبوضة فلا موجب لحرمتها كالانتفاع بتلك العين بل التصرفات الناقلة أيضا كذلك غاية الأمر لا ينتفى بتلك التصرفات حق الإمساك لبائعها على ما ذكرنا فى بيع العين المرهونة.

ثم انه لا- يبعد ان يكون ظاهر النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل قبضه هو صورة بقاء المبيع على عهدة بائعه الأول و المفروض خروجه عن العهدة بالقبض المزبور و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) يعنى لا يحجر على الآخر فى العوض الذى سلمه صاحبه اليه و لا فى مال آخر مثلا لو كان ما عليه من مال صاحبه كليا على الذمة فلا يحجر عليه فى ماله الخارجى المساوى لما على عهدته.

(۲) يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله بلا- استثناء و من أموال غيره أيضا فى الجملة أى فى الموارد التى يكون مأذونا فى التصرف فيها بتحريكها و نقلها و الا فيجب التفريغ على مالك تلك الأموال و هذا الوجوب لكون إبقائها فى المبيع تصرف فيما صار ملكا للمشترى فيحتاج الى اذنه أو رضاه.

و الحاصل ان وجوب التفريغ ليس لعدم حصول اقباض المبيع بدونه بل وجوب التفريغ حكم آخر غير وجوب الإقباض و قد مرّ عن التذكرة اقباض الدار و السفينة المشترى مع كونهما مشغولتين بأموال البائع و الوجه المزبور لوجوب التفريغ هو الوجه الموجب لوجوب اقباض المبيع و تسليمه يعنى الشرط الارتكازى حيث ان التسليم بدون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۸۳

....

التفريغ كالعدم بالإضافة إلى غرض المتعاقدين من التسليم و التسلم و ان يترتب على التسليم بلا تفريغ بعض الحكم كخروج البائع عن ضمان المبيع.

أقول قد تقدم ان التسليم وجوبه لكون إمساك البائع بالمبيع بلا رضا المشترى تصرف فى ملك الغير بلا رضا صاحبه و يجرى هذا الوجه بالإضافة إلى إبقاء البائع أمتعته فى المبيع و عدم تفريغها منه سواء كان تسليم المبيع غير مفرغ مخالفا لغرض المشترى من قبض المبيع أم لا و هنا فروع أشار إليها المصنف ره منها أنه لو كان فى الدار المبيعة متاع للبائع وجب عليه تفريغ الدار و نقله منها فورا مع تمكنه فان تعذر ففى أول زمان التمكن و لو تأخر أول أزمنة الإمكان و كان المشترى حين الشراء جاهلا بالحال كان له الخيار فى فسخ البيع فى فرض تضرره بتأخير التفريغ لفوت بعض منافع الدار عليه.

و هل يثبت للمشترى أجرة بقاء متاع البائع فى المبيع الى زمان التفريغ وجه هذا ما ذكره فى هذا الفرع و الظاهر أنه أخذ بقاعدة نفى الضرر فى نفى لزوم المعاملة بالإضافة إلى المشترى مع جهله بالحال و لكن فيما كان عالما بالحال فلا يكون له خيار لإقدامه بالمعاملة مع العلم بكون لزومها ضرريا.

أقول قد ذكرنا مرارا ان قاعدة نفى الضرر لا- تنفى لزوم المعاملة و إثبات الخيار بل لوجت كان مقتضاها بطلان المعاملة حيث ان صحتها ضررية.

و الأصح ان ثبوت الخيار فى الفرض باعتبار تخلف الشرط الارتكازى و هو تسليم المبيع مفرغا و هذا الشرط الارتكازى لا يثبت مع علم المشترى بالحال من الأول نظير ما ذكرنا من عدم ثبوت خيار الغبن للمشترى مع علمه حال البيع باختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بالفاحش هذا كلّه ما إذا لم يمكن التفريغ.

و اما إذا أمكن عادة فقصر فى إفراغه فلا ينبغى الشك فى استحقاق المشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۸۴

....

مطالبة البائع بالأجرة على إبقاء متاعه فى الدار أو غيرها لو كان للإبقاء أجرة عادة كما جزموا باستحقاقه الأجرة مع امتناع البائع عن أصل تسليم الدار فإن للمشترى المطالبة بالأجرة لمنفعتها الفائتة عليه و لا يبعد استحقاق الأجرة فى فرض العجز عن التفريغ ايضا فيما كان العجز الحاصل عند البيع من جهة قد ارتفعت و حصل قبل ارتفاعها العجز من جهة أخرى لم تكن حال البيع فإنه لا يفرق فى استحقاق الأجرة لاستيفاء منفعة العين المملوكة للغير بين كونه لعذر أم لا.

نعم لا يستحق الأجرة بالإضافة الى ما كان حال البيع فإن إبقاء المتاع زمان ذلك العجز استيفاء لمنفعة العين قبل بيعها و كونه بلا أجرة شرط ارتكازى غاية الأمر بما ان التسليم مفرغا ايضا شرط ارتكازى يثبت مع جهل المشترى بعدم إمكانه الخيار لتخلف هذا الشرط كما تقدم.

منها لو كان فى الأرض المبيعة زرع لبائعه فإن كان قد أحصد وجب على البائع إزالته و تسليم الأرض إلى المشترى مفرغا لان إبقائه تصرف فى ملك الغير بلا رضاه و تسليمها مفرغا شرط ارتكازى كما مر نعم لو كان فى البين قرينة على عدم التزام البائع بتسليم المبيع مفرغا إلى مدة معروفة كما إذا باع الأرض المزروعة قبل أو ان حصاده فلا يجوز للمشترى فى الفرض قلع الأرض بدعوى ان الأرض مملوكة له بالشراء و له تخليص ملكه من مال الغير و لو بقلع الزرع بالأرش بل لا يجوز له مطالبة الأجرة على بقاء الزرع الى حصاده فإن الإبقاء فى الفرض بمنزلة بيع الأرض المستأجرة قبل بيعها.

و الحاصل ان إبقاء الزرع الى أو ان حصاده مجانا بنظر العرف استيفاء لمنفعة الأرض قبل بيعها كما هو الحال فى وضع متاع فى الدار لا يتمكن على تفريغها منه قبل مدة معروفة بل غير معروفة فيكون نظير بيع العين المستأجرة بعد إجارتها فلا يثبت للمشترى غير خيار الفسخ مع جهله بالحال عند البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۸۵

....

لا يقال التنظير غير صحيح فان منافع المبيع مع استيجاره قبل البيع غير مملوكة للبائع فينتقل المبيع الى ملك المشترى أو الدار مسلوبة المنفعة و لذا يثبت للمشترى مع جهله بالحال خيار الفسخ خاصة بخلاف المقام فان المفروض فيه أن منافع الأرض مملوكة لبائعها و بالبيع تدخل فى ملك المشترى و مقتضى دخولها فى ملكه جواز مطالبته بالأجرة أو بالقلع.

فإنه يقال كما أن الإجارة قبل البيع استيفاء لمنافعها قبل البيع كذلك زرعها و هذا لا يوجب الا ثبوت خيار الفسخ نعم لو كان الأرض تصلح لزرع جديد فعلا يجب على بائعها إزالة ذلك الزرع أو إرضاء مشتريها بالإبقاء بالأجرة أو مجانا.

و مما ذكرنا أنه لا وجه لما ذكره المصنف ره من ثبوت الأجرة على البائع فى الفرض و انه يتخير بين الإبقاء بالأجرة أو قلعها تقديما لضرر القلع على ضرر اشتغال ذمته بأجرة منفعة الأرض.

و منها أنه لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه البائع بإذن المشترى و على البائع طم ما يطم و يكون الطم ايضا كالحفر بإذن المشترى كما أن على البائع إصلاح ما هدمه أو يعطى أرش المهدوم على اختلاف الموارد فيكون المتعين فى بعض الموارد الإصلاح كما فى قلع باب أو ساجة منه فإن إصلاحه إعادته إلى موضع قلعه و يكون فى بعضها الأخرى الأرش كما هو فى هدم الحائط فإن المهدوم من الحائط قيمى فعليه الأرش أى قيمة المهدوم لا التفاوت بين ما يكون الحائط بعضها مهدوما و بين ما لم يكن مهدوما.

و على الجملة قد يكون المهدوم بنظر العرف مثليا و قد يكون قيميا و لو قيل بان المهدوم مطلقا قيمى كان له وجه.

و يظهر منهم فى مسألة هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن صاحبه أقوال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۸۶

[مسألة لو امتنع البائع عن التسليم فان كان لحق]

مسألة لو امتنع البائع عن التسليم فان كان لحق (۱).

ثلاثـة الإعـادة مطلقا كما فى الشـرائع و المحكى عن المبسوط فيكون مثليا و الأرش مطلقا كما عن العلامـة و التفصـيل بين ما كان من نوع واحـد و كيفيـة واحـدة كما فى حائط البساتين و المزارع و ما كان مختلفا كما فى حائط الدور و المخازن فيكون قيميا كما حكى ذلك عن الدروس و الظاهر جريان الاختلاف بحسب الموارد فى كسر الباب و الشبابيك و فتق الثوب ايضا من قبيل ما ذكر.

أقول لو توقف تفريغ أمتعـة البائع على هـدم حائط الدار المبيعة أو كسـر بابه أو قلعه فظاهر المصـنف ان الهدم و الكسـر كطم الحفر و الإصـلاح لاـ يجوز إلّـا بإذن المالك و رضاه و مقتضاه انه إذا لم يرض المشترى بـذلك يتعين الرجوع الى الحاكم لأنه ولى الممتنع و لكن الأـظهر عـدم توقف ذلـك الى اذن المشترى و رضاه فان التفريغ المزبور شـرط ارتكازى فى بيع الـدار و نحوه نظير اشتراط عـدم غبن البـائع فى بيع مـاله غايـة الأمر لو لم يكن المشترى عالما بكون الـدار مشـغولة بمتاع يتوقف إخراجه على كسـر بابه و نحوه يكون ذلك فى بعض الموارد نقصا فى المبيع يوجب الخيار للمشترى.

و ايضا قد تقدم سابقا انه لا دليل على ولاية الحاكم فى مثل هذه الموارد.

(۱) لو امتنع البائع عن تسليم المبيع و كان امتناعه لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا يكون البائع بامتناعه المفروض عاصيا لمـا تقـدم من ثبوت الحق له فى ذلك و هل عليه أجرة مـدة الامتناع فلا ينبغى الإشـكال فى ضـمانه لو اسـتوفى منفعـة العين فى تلك المـدّة و كون استيفائهـا بلا رضا المشترى محرم تكليفا لان الثابت له الإمساك بالعين لا استيفاء منافعها ايضا و يكون ضـمان استيفائها من مقتضى قاعدة احترام مال المسلم.

و انما الكلام فى ضـمان الأجرة على المنفعـة الفائتـة على المشترى فى مـدة إمساكه و لكن الأظهر عـدم الضـمان فإن الإمساك بالعين مجانا حتى يبذل المشترى الثمن من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۸۷

....

الشرط الارتكازى أو من جهة جواز التقاص عن إمساك المشترى بالثمن أو عدم وفائه به كما لا يخفى.

و قـد يقـال ان على المشترى نفقـة المبيع فى تلـك المـدة لأن نفقـة العين تابعـة لملكيتها فمن كان مالكا لها فعليه نفقتها الا ان يشترط نفقتها على غيره بموجب شـرعى من شرط و نحوه و يمكن استفاده كون النفقة على المشترى ما ورد من التعليل فى صحيحة أبى ولاد الواردة فى إجارة البغل و فى جامع المقاصد شبّه المقام بنفقة الزوجة التى تمنع زوجها من نفسـها قبل قبض مهرها فان المشهور ان لها الحق من الامتنـاع حتى تقبض مهرهـا و ذكروا ان ذلـك مقتضـى معاوضـة البضع و المهر و لما يسـتفاد من بعض الروايات ان لها هـذا الحق كموثقـة سـماعة قال سألته عن رجل تزوج جاريـة أو تمتع بها ثم جعلته من صـداقها فى حل أ يجوز ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئا قال نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه.

فان ظاهرها عـدم جواز الدخول بها قبل ان يقبضـها مهرها و بما ان المطالبة بالقبض من حقوق المرأة قطعا فيختص عدم الجواز بصورة مطالبته و لكن مع ذلك لا يخلو دلالتها على الحكم من تأمل.

ثم هـل تسـتحق المرأة النفقـة زمـان امتناعها لعـدم قبض مهرها ذكروا فيه وجهين أوجههما ان عليه نفقتها فيما كان الزوج متمكنا على

أداء مهرهـا فإنه فی هـذا الفرض یصـدق کونها فی اختیار زوجها و کونها عنـده هو الموضوع لوجوب الإنفاق فی صـحیحهٔ محمـد بن قیس الواردهٔ فی النفقات الواجبـهٔ و اما کون المشتری متمکنا علی أداء الثمن أو عدمه فلا أثر له فی المقام لما ذکرنا من ان نفقهٔ المال تتبع ملکه فاحتمال جامع المقاصد التفصیل بین المشتری الموسر و المعسر بالإضافهٔ إلی أداء الثمن بلا وجه فقد ظهر إمکان التفرقهٔ فی النفقهٔ بین المقامین و لو طلب الانتفاع بالمبیع و هو فی یده ففی وجوب

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۸۸

[الکلام فی أحکام القبض]

[مسألهٔ من أحکام القبض انتقال الضمان]

من أحکام القبض انتقال الضمان (۱).

اجابته وجهان و لکن الشرط الارتکازی المشار الیه یدفع هذا الوجوب کما لا یخفی.

(۱) من الأحکـام المترتبـهٔ علی القبض بمعنی الإقبـاض انتقـال ضـمان المال الی المنتقل الیه و لو تلف المال قبل إقباضه یکون ضـمانه علی ناقله و المراد بالضـمان الضـمان المعاوضـی أی انحلال البیع عند تلفه بحیث یقع التلف فی ملک ناقله و مقتضـی الانحلال رجوع العوض الی من دفعه بإزاء التالف و یسـتدل علی ذلک مع الغمض عن الإجماع علیه بالنبوی المشـهور فی کلمات الأصـحاب کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه و ظاهره کما هو ظاهر کل خطاب الموضوع و الحکم فی فعلیهٔ الحکم بعد فعلیهٔ الموضوع بقیوده أنه بعـد تلف المبیع یصـیر مالا لبائعه و لکن الحکم أی إطلاق المال قرینـهٔ علی کون المراد أن المبیع عنـد تلفه أی قبله ملک لبائعه حیث ان التالف بعـد تلفه لا یکون مالا و ان فرض کونه ملکا و بـذلک الاعتبار یقع مورد المصالحـهٔ فیما إذا أتلفه الغیر لا أن بـدله أی قیمته فیما کان قیمیا یقع مورد المصالحهٔ کما صرح بذلک فی باب صلح الشرائع و التحریر و الحال ان مقتضی الظهور بقرینهٔ ما ذکر انحلال المعاملهٔ و رجوع المبیع إلی بائعه انا ما لیکون التالف مالا لبائعه.

و من هنا ذکر فی التـذکرهٔ و تبعه من تأخر عنه من انه یتجـدد انتقال المبیع إلی بائعه قبل التلف بجزء من الزمان و لو کان ذلک الزمان لا یتجزی و یسمی ذلک ضمان المعاوضهٔ.

و امـا مـا فی المسالـک من أن ظـاهر النبوی ان التلف یقع علی البـائع بمعنی انه یکون خسارته علیه کما فی موارد ضـمان الیـد کتلف المغضوب و المـال المأخوذ للشـراء المعبر عنه بالمسـتام لا یمکن المساعـدهٔ علیه حیث ان ظاهر النبوی ان التالف مال لبائعه لا أنه مال لمشتریه و لکن یکون درکه و ضمانه علی بایعه.

و الحاصل ان الضمان بمعنی انحلال البیع بتلف المبیع قبل قبضه حکم شرعی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۸۹

....

تأسیسـی أو إمضائی و لیس بمعنی ثبوت البدل علی العهدهٔ لیسـقط بإسقاطه بالاشتراط فی العقد أو بعده و أوضح من النبوی فی کون المراد انحلال المعاملهٔ مـا فی ذیـل معتبرهٔ عقبـهٔ بن خالـد من انه إذا أقبض المتـاع یکون المبتاع ضامنا لحق البائع لیرده علیه فلا وجه لاحتمال کون المراد من الضـمان فی المقام ضـمان الید و لا یقاس بذلک الضـمان فی ثبوته و سـقوطه بالاشتراط فی العقد أو إسقاطه

بعده كما لا يخفى.

ثم ان ظاهر المصنف ان استفادة الضمان المعاوضى مبنى على كون من فى النبوى بمعنى التبعيض مع أنه غير مبنى عليه بل لو فرض كونها زائدة فالمعنى كما ذكر بل كان أوضح فتدبر.

ثم ان مقتضى قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ إمضائه قبل تلف المبيع بيد بايعه و بعده و يدفع اليد عن إطلاقه بالإضافة الى ما بعد التلف بالنبوى و معتبرة عقبة بن خالد و يبقى إمضائه بالإضافة الى قبل تلفه بحاله فيكون الحاصل أن المبيع بعد البيع الى زمان تلفه ملك المشترى فيكون نمائه له و لا حاجة فى إثبات ذلك الى استصحاب بقاء البيع الى ذلك الزمان ليقال انه لا اعتبار بالاستصحاب فى الشبهات الحكمية و يلحق بنماء المبيع فى ذلك الزمان الركاز أى الكنز الذى يجده العبد بعد بيعه و هو بيد بايعه فإنه إذا تلف العبد قبل تسليمه الى المشترى لا يخرج الكنز عن ملك المشترى و من ذلك المال الذى يوهب للعبد المزبور و قد قبله و أخذ المال قبل موته فيكون المال الموهوب لمشتريه و كذا فى المال الموصى به للعبد و قبوله الوصية قبل موته و قد صرح العلامة بأن مؤنة تجهيز العبد لبائعه و هو مبنى على رجوعه إلى بائعه قبل تلفه بآن ملكا حقيقيا لا مجرد الملك التقديرى المصحح لانحلال المعاملة فقط من غير ان يترتب عليه سائر آثار ملك البائع.

ثم ان المراد بالتلف ليس هو التلف الحقيقى فقط بل يعم تعذر الوصول الى المبيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۹۰

و فى التذكرة أيضا لو هرب المشترى (۱).

و اما الإتلاف فاما ان يكون من المشترى (۲).

عادة مثل سرقته بحيث لا يرجى عوده.

و ما ورد فى رواية عقبة من فرض سرقة المال محمول على مثل هذه السرقة و وقوع الدرة فى البحر قبل إقباضها من قبيل التلف و كذا الطير و الصيد المتوحش فان خروجهما عن اليد يحسب تلفا و اما لو غرق الأرض المبيعة بارتفاع ماء البحر أو وقع عليها صخور من جبل أو كسى الأرض رمل فهى من قبيل التلف أو التعصيب الموجب للخيار للشافعية وجهان و الأقوى عند العلامة فى التذكرة أنه من حدوث العيب.

(۱) قال فى التذكرة بما حاصله أنه لو امتنع المشترى من دفع الثمن إلى البائع كما هو هرب المشترى قبل دفع الثمن حيث يحصل دفعه بوزنه و كان المشترى معسرا و المبيع بيد بايعه احتمل ان يثبت البائع خيار الفسخ فى الحال لتعذر أخذ الثمن المشروط على المشترى و يحتمل ان يثبت فى حقه خيار التأخير المشروط بمضى ثلاثة أيام و لكن الأظهر هو الأول فإن الروايات الواردة فى خيار التأخير ظاهرها كون المشترى باذلا و إذا كان المشترى الممتنع موسرا رفع البائع أمره الى الحاكم فإن أثبت امتناعه عند الحاكم يدفع الحاكم من مال المشترى الثمن و ان لم يظفر بغير المبيع من مال المشترى باعه و يرد فاضل الثمن على المشترى.

و لكن لا يخفى انه لو تم الموضوع لخيار التأخير فعليه الصبر إلى ثلاثة أيام و فى غيره يثبت له خيار الفسخ فى الحال بلا فرق بين الموسر و غيره و لا حاجة فى الفسخ إلى المراجعة إلى الحاكم الشرعى فإن التقابض شرط ارتكازى فى البيوع على ما تقدم التفصيل.

(۲) لا ينحل البيع بإتلاف المشترى المبيع و لا يرجع الثمن الى ملكه فإن السيرة العقلائية المشار إليها لا يجرى فى الفرض و لا يبعد انصراف معتبرة عقبة بن خالد عن هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۹۱

[مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين.]

تلف الثمن المعین قبل القبض کتلف المبیع المعین (۱)

الفرض نعم إذا کـان المشتری جاهلاـ بالحال کما إذا قـدمه البائع علیه بان له إتلافه مجانا فأکله المشتری فهـذا یرجع الی إتلاف البائع تسبیبـا و یعم ذلـک حتی فیمـا إذا کـان البائع أیضا مشـتبها و یلحق بإتلاف المشتری مثل ما إذا صال العبـد المشتری علی مشتریه فقتله المشتری دفاعا عن نفسه فلا یکون فی هذا انحلال البیع حتی مع جهل المشتری بالحال و لا یجری فیه التسبیب و قاعدة الغرور و ما عن التذکرة من عدم استقرار الثمن فیه علی الأصحّ ضعیف جدّا و علی الجملة فإتلاف المبیع المستند إلی المشتری استیفاء لذلک المبیع.

و اما إذا کان الإتلاف من الأجنبی فقـد ذکرنا سابقا أنه یلحق بالتلف کما هو مقتضـی روایة عقبة بن خالد و لکن هذا فیما إذا لم یکن عادة الرجوع الی ذلک المتلف بالکسر فان هـذا الفرض خارج عن الروایة و یکون کإتلاف البائع فی أنه یتخیر المشتری بالرجوع الیه بالبدل أو فسخ البیع فان تسلیم المبیع الیه شرط ارتکازی له علی البائع فمع تخلفه یکون له الفسخ علی ما تقدم.

و هل یکون للبائع حبس البـدل حتی یتسـلم الثمن من المشتری فقد یقال ان حبس المبیع کان للشـرط الارتکازی و لا یجری بالإضافة إلی بـدله و لکن قد أشـرنا الی ان حبس المبیع لکونه حبسه نوع تقاص عن إمساک المشتری و امتناعه عن أداء الثمن و لا یختص هذا النوع من التقاص بخصوص المبیع کما لا یخفی.

(۱) قد أشرنا الی ان تلف الثمن المعین قبل قبضه یشترک مع تلف المبیع قبل قبضه فی أنه یوجب انحلال البیع حیث لا فرق فی السیرة العقلائیـة بین تلفهمـا فی ذلـک و یـترتب علی ذلـک انه لو بـاع المشتری مـا اشتراه قبـل اقبـاض الثمن ثم تلف الثمن یرجع البـائع إلی المشتری ببـدل المبیع مثلا أو قیمة لأن بیع المشتری لوقوعه فی زمان ملکه محکوم بالصـحة و اللزوم و یعتبر بیعه النافذ بعد تلف الثمن من إتلاف مال البائع علی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۲

....

ما تقدم فی فسخ ذی الخیار بعد نقل أحد العوضین کما یظهر ذلک من المبسوط و غیره فی مسألة من باع شیئا معینا بثمن معین ثم بیع أحـدهما قبـل تلف الآـخر قبل إقباضه و انما الکلام فی اسـتفادة ذلک من الروایات فقیل ان المبیع فی النبوی یعم الثمن بمعنی ان قوله کـل مبیع تلف قبل قبضه بمعنی کل ما تعلق به البیع مثمنا کان أو ثمنا و فیه ان ظاهر المبیع ما تعلق به التملیک بعوض و لا یعم ما تعلق به التملک بعوض.

و ذکر المصنف ره أنه یمکن استفادة ذلک من معتبرة عقبة بن خالد حیث ذکر سلام اللّه علیه فیها فإذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله إلیه فإنه بناء علی رجوع الضـمیر فی لحقه إلی البائع یکون المراد من حقه هو الثمن فالمعنی إذا أقبض البائع المبیع یکون المشتری ضامنا لحق البائع أی الثمن حتی یخرج الثمن إلی البائع کما ان المراد من ضمان المشتری ضمانه المعاوضی بمعنی أنه لو تلف الثمن یرجع البائع بالمبیع کما کان الحال فی ضمان البائع بالإضافة إلی المبیع.

لاـ یقـال ضـمان المشتری حق البـائع أی الثمن بضـمان معاوضـی قبـل القبض لا یختص بصورة إخراج البائع المبیع من بیته بل لو کان المبیع عند بایعه ایضا یکون المشتری ضامنا بالثمن بضمان معاوضی هذا أولا.

و ثانیـا لاـ دلیل علی کون ضـمان المشتری الثمن حتی یرده علی البائع ضـمان معاوضـی بل یحتمل کونه ضـمان الیـد نظیر ما ورد فی حـدیث علی الیـد من ان علیه ما أخذه حتی یرده فیکون المراد من الروایة أنه معه اقباض المبیع یکون المشتری ضامنا بالثمن بحیث لو تلف لکان علیه مثله أو قیمته.

و ثالثا یحتمل کون المراد بالضمیر فی لحقه هو المشتری و حقه عبارة عن المبیع فالمراد ان المبیع بعد إخراج البائع إیّاه عن بیته یدخل فی ضمان المشتری الی ان یصل بیده فیکون یرد فی قوله حتی یرد ماله علیه بالتخفیف من الورود بمعنی الوصول.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۳

ثم انه هل یلحق العوضان فی غیر البیع (۱).

فإنه یقال لا- ینبغی الریب فی ظهور الروایة فی رجوع الضمائر الثلاثة إلی مرجع ضمیر الفاعل فی قوله إذا أخرجه من بیته فیکون حاصل الشرطیة فی الجواب ان البائع إذا أخرج المتاع من بیته و وقع السرقة بعده فعلی المشتری ان یرد الثمن علی البائع و نفی الضمان عنه قبل ذلک لانحلال البیع بالسرقة قبل قبض المتاع فلا نظر فی الروایة إلی صورة بقاء المبیع و تلف الثمن بید المشتری و لا یمکن استفادة انحلال البیع بتلف الثمن قبل قبضه من الروایة فتدبر جیدا.

(۱) هل یجری التلف قبل القبض فی غیر البیع من سائر المعوضات بان ینحل الإجارة مثلا بتلف الأجرة المعینة قبل قبض المستأجر أو المؤجر أو تلف المصالح عنه أو به قبل القبض الی غیر ذلک فقد ذکر المصنف ره ان عموم هذا الحکم مسکوت عنه فی کلماتهم نعم ذکروا الضمان قبل القبض لو تلف المهر قبل قبض المرأة و عوض طلاق الخلع قبل أخذ الزوج و کذا فی الإجارة و ظاهرهم بطلان المهر و البذل و الإجارة.

و لکن یظهر من بعض مواضع التذکرة ان الجریان و العموم متسالم علیه بین العامة و الخاصة حیث انه قال فی مسألة جواز بیع ما یملکه الشخص بغیر البیع قبل قبضه، و ما یکون ملکا له و لکن کان بید الآخر بید ضمان بالقیمة أی بضمان الید کالعاریة المشروط فیها ضمان المستعیر أو المضمونة لتفریط المستعیر أو غیره، أنه یجوز البیع لتمام ملک البائع و هکذا بالإضافة إلی المضمون بالعوض کمال الصلح و الأجرة المعینة لما ذکر من تمام ملک البائع و ان لم یقبض المال و قال الشافعی لا یصح البیع فی المضمون بالعوض لاحتمال انفساخ ذلک الضمان بالعوض أی تلک المعاملة بتلف المال قبل قبضه انتهی.

و ظاهر تعلیل عدم الجواز باحتمال حدوث الانفساخ فی المعاوضة بتلف المال قبل قبضه یعطی أن الانحلال بالتلف قبل القبض متسالم علیه فی المعاوضات.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۴

[مسألة لو تلف بعض المبیع قبل قبضه]

لو تلف بعض المبیع قبل قبضه (۱).

أقول لا دلالة فی التعلیل المزبور علی ان انحلال المعاوضة بتلف المال قبل القبض متسالم علیه عندنا ایضا بل و عند غیر الشافعی أیضا فإنه کما یحتمل ان یکون الوجه لجواز البیع عند العلامة الملک مع الالتزام بانحلال المعاوضة کذلک یحتمل ان یکون تمام الملک بمعنی حصوله مع عدم انحلال المعاوضة نعم لا یبعد عموم القاعدة فی التلف قبل القبض لما أشرنا إلیه من جریان السیرة علیها.

(۱) لو تلف بعض المبیع قبل قبضه فان کان البعض مما یقسط علیه الثمن کالمن من الحنطة فیما إذا تلف بعضه فلا ینبغی الریب فی بطلان البیع بالإضافة الی ذلک التالف باعتبار کونه مبیعا قد تلف قبل قبضه و یصح بالإضافة إلی بعضه الباقی فإنه مبیع لم یتلف قبل قبضه غایة الأمر یثبت لکل من البائع و المشتری خیار الفسخ بالإضافة إلی بیع الباقی لتبعض الصفقة.

لا یقال نعم بیع الکلّ ینحل الی بیع أجزائه الخارجیة بعضا کما فی بیع مثل المن من الحنطة و لکن بیع الجزء الخارجی یکون من البیع

الضمنی لا الاستقلالی نظیر وجوب کل جزء من اجزاء الکل فإنه کما یکون ضمنیا کذلک بیعه فی ضمن الکل و الحکم المجعول فی الخطاب علی بیع شیء ظاهره ترتبه علیه فیما إذا کان استقلالیا و لذا لا یطلق علی بیع الکل البیوع المتعددة.

فإنه یقال انحلال البیع فی موارد تقسیط الثمن من قبیل انحلال الحکم فی خطاب العام الاستغراقی لا من قبیل الوجوب الضمنی فی العام المجموعی أو الواجب الارتباطی.

و الحاصل یکون الشیء فی موارد تقسیط الثمن علیه مبیعا حصل بیعه و بیع الآخر بإنشاء واحد و مقتضی مناسبة الحکم و الموضوع ان الانحلال حکم لتلف المبیع سواء کان بیعه بإنشاء مستقل أم لا نظیر ما ذکر فی خیار الحیوان من أنه لو باع الحیوان مع

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۵

....

غیره بصفقة یثبت الخیار فی شراء الحیوان إلی ثلاثة أیام بخلاف ما إذا بیع حیوان مع حیوان آخر بصفقة واحدة فإنه یثبت فی ذلک البیع خیار واحد حیث ان ظاهر خطاب خیار الحیوان ثبوت خیار واحد فی إنشاء واحد بالإضافة إلی بیع الحیوان سواء کان الحیوان متعددا أم واحدا.

و ان لم یکن التالف مما یقسط علیه الثمن و لو فرض تقسیطه علی جزئه المشاع کما فی ثمن العبد فإنه لا یقسط علی أعضائه یکون تلف ید العبد مثلا قبل قبضه نظیر ما کان للعبد ید واحدة قبل بیعه و یعدّ ذلک عیبا.

و یبقی الکلام فی حکم العیب الحادث فی المبیع بعد بیعه و قبل قبضه و یجری هذا الکلام فی العیب الحادث فی الأیام التی یکون المبیع فیها فی ضمان البائع کأیام الخیار المختص للمشتری فهل یکون التلف المزبور موجبا لثبوت خیار للفسخ للمشتری أو یکون الثابت الأرش فقط أو یثبت للمشتری التخییر بین الرد و الأرش نظیر العیب قبل البیع فاختار الأخیر المصنف ره فی آخر کلامه و وجهه کون المبیع فی ضمان البائع قبل قبضه سواء تلف کله أو بعضه أو وصفه.

لا یقال ما ورد فی ضمان البائع بالتلف قبل القبض ظاهره تلف العین و معنی ضمانه رجوع العین الی ملکه قبل تلفه بزمان فینحل البیع و یرجع تمام الثمن فی فرض تلف المبیع کله أو بعضه فی فرض تلف بعضه الی ملک المشتری و هذا بخلاف تلف الوصف فان الوصف لا یقابل بشیء من الثمن لیفرض عند تلفه انحلال البیع بالإضافة إلی الوصف نعم یقع بإزائه ما یعم غیر الثمن حیث ان الأرش لا یتعین ان یکون من الثمن.

فإنه یقال لو صح هذا الاعتراض فلازمه عدم جواز مطالبة المشتری بجزء من الثمن و اما جواز المطالبة بما یعم مساویة فهو داخل فی الضمان بمعنی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۶

....

انحلال البیع و لکن الصحیح ان الأوصاف التی لا تکون مقومة للمبیع لا تقابل فی المعاملة بشیء لا من الثمن و لا من غیره بل لها دخل فی زیادة قیمة المبیع و لذا یجوز للمشتری إمضاء البیع علی المعیب بلا أرش و لکن عدم انحلال البیع بتلف الوصف و عدم مقابلته بشیء لا یلازم عدم ضمان البائع الوصف لان ضمان البائع معناه تنزیل هذا التلف منزلة التلف قبل البیع و ان الأثر المترتب علی التلف قبل البیع یترتب علی تلفه بعد البیع و قبل قبضه و حیث ان التلف قبل البیع بالإضافة إلی عین المبیع موجبا لعدم انعقاده فیکون التلف المزبور بعده موجبا لانحلاله علی ما مر و التلف قبل البیع فی الوصف کان موجبا لخیار الفسخ أو التخیر بینه و بین الأرش فیکون تلفه بعد البیع و قبل القبض ایضا کذلک و یؤید ان الضمان یعم ضمان العین و الوصف بضمان معاملی ما ورد فی بعض اخبار

التلف فی زمان الخیار کصحیحة عبد اللّه بن سنان عن الرجل یشتری الدابة أو العبد فیموت أو یحدث فیه حدث علی من ضمان ذلک قال علی البائع حتی یمضی الشرط و المراد بالحدث النقض الموجب لجواز الفسخ فقط أو أخذ الأرش أیضا.

لا- یقال لیس فی البین ما یدل علی کون المبیع قبل قبضه فی ضمان البائع لیقال بان المراد بالضمان ما یعم الأوصاف و ان ضمانه الوصف نظیر ضمانه العین ضمان معاوضی بل الوارد کون تلف المبیع قبل قبضه علی بایعه و هذا لا یشمل غیر تلف العین و بما ان التسالم علی ثبوت جواز الفسخ بتلف الوصف فی ید بایعه متحقق یلتزم به و لکن لا وجه للالتزام بجواز أخذ الأرش.

و ما ذکر فی ذیل معتبرة عقبة بن خالد فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد علیه ماله یحتمل ضمان المبیع و ان ضمانه بعد تخلیة بایعه علی المشتری و لو کان تلفه قبل وصوله الی یده و علی تقدیر رجوعه الی ضمان الثمن فالضمان بمعنی وجوب الرد بقرینة فرض

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۷

[مسألة الأقوی من حیث الجمع بین الروایات (۱)]

اشارة

الأقوی من حیث الجمع بین الروایات (۱).

تلف المبیع و بقاء الثمن أو کونه علی العهدة و لذا ذکرنا ان الضمان لفرض تلف المبیع بعد التخلیة.

فإنه یقال قد جمع فی صحیحة عبد اللّه بن سنان بین موت العبد و الدابة و حدوث الحدث فی ثلاثة أیام من خیار الحیوان و حکم بان الضمان فیها علی البائع و إذا کان ضمان البائع بالإضافة إلی التلف من ضمان المعاوضی فیکون ضمانه الوصف ایضا کذلک و لا یحتمل الفرق فی هذا الضمان بین کونه أیام خیار الحیوان أو کونه قبل القبض کما لا یخفی.

(۱) الأظهر بحسب الروایات عدم جواز بیع المکیل و الموزون قبل قبضه إلا تولیة و فی صحیحة منصور بن حازم عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال إذا اشتریت متاعا فیه کیل أو وزن فلا تبعه حتی تقبضه الا ان تولیه فإذا لم یکن فیه کیل أو وزن فبعه و فی صحیحة الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام انه قال فی الرجل یبتاع الطعام ثم یبیعه قبل ان یکال قال لا یصلح له ذلک و فی صحیحة الأخری قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن قوم اشتروا بزا فاشترکوا فیه جمیعا و لم یقتسموه أ یصلح لأحد منهم بیع بزه قبل ان یقبضه قال لا بأس به و قال ان هذا لیس بمنزلة الطعام ان الطعام یکال بناء علی ان المراد قبل ان یقبضه من البائع فإنه لو أرید قبض حصته من الشرکاء فلا یدل علی حکم المقام لان قبض أحد الشرکاء المأذون من الباقین یکفی فی القبض و لا یبعد کون المراد القبض من بایعه حیث انه لو کان المبیع طعاما یجوز لمشتریه بیعه و هو فی ید شریکه المأذون.

و صحیحة معاویة بن وهب المعبر عنها فی عبارة المصنف قده بالروایة قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یبیع البیع قبل ان یقبضه فقال ما لم یکن کیل أو وزن فلا تبعه حتی تکیله أو تزنه الا ان تولیه الذی قام علیه.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۵۹۸

....

و فی معتبرة منصور بن حازم قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری بیعا لیس فیه کیل و لا وزن إله أن یبیعه مرابحة قبل ان یقبضه و یأخذ ربحه فقال لا بأس بذلک ما لم یکن کیل و لا وزن فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه.

و صحیحة علی بن جعفر عن الرجل یشتری الطعام أ یصلح بیعه قبل ان یقبضه قال إذا ربح لم یصلح حتی یقبض و ان کان یولیه فلا

بأس.

و فى روايهٔ حزام بن حكيم بن حزام المرويهٔ فى المجالس قال ابتعت طعاما من طعام الصدقهٔ فأربحت فيه قبل ان أقبضه فأردت بيعه فسألت النبى (ص) فقال لا تبعه حتى تقبضه.

و فى روايهٔ ابن الحجاج الكرخى قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل ان أقبضه قال لا بأس ان تبيع إلى أجل كما اشتريت و ليس لك ان تدفع قبل ان تقبض قلت فإذا قبضته جعلت فداك فعلى أن أدفعه بكيله قال لا بأس إذا رضوا.

و ذكر المصنف ره ان المراد بالاشتراء إلى أجل بنحو النسيئهٔ بقرينهٔ السؤال عن بيعه بعد شرائه قبل قبضه و مقتضى تقييد نفى البأس بقوله كما اشتريت ثبوت البأس فى بيعه بغير التوليهٔ.

أقول الروايهٔ كما قبلها ضعيفهٔ لعدم توثيق ابن الحجاج مع انه لم يظهر ان الشراء كان بالبيع نسيئهٔ بل يحتمل الشراء بنحو السلف و لم يثبت عدم التعبير عن السلف و السلم بشراء الشىء إلى أجل.

و فى روايهٔ إسماعيل بن عمر انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل ان يبيعه بها طعاما إلى أجل.

ثم انه لا ينبغى الريب فى ظهور الأخبار المتقدمهٔ منطوقا فى بعضها و مفهوما فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۵۹۹

....

بعضها الأخرى فى عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه و ان البيع إذا كان بنحو التوليهٔ فلا بأس سواء باعه من بائعه أو من غيره و لكن فى مقابلها روايات يستظهر منها الجواز فيحمل النهى فى الاخبار المتقدمهٔ على الكراههٔ فى مقام الجمع منها روايهٔ خالد بن الحجاج الكرخى قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام اشترى الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل ان أكتاله فأقول أبعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال لا بأس و فى روايهٔ جميل بن دراج عن ابى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يشترى الطعام ثم يبيعه قبل ان تقبضه قال لا بأس و يوكل الرجل المشترى منه يقبضه وكيله قال لا بأس «۱» و نحوهما روايهٔ إسحاق المدائنى و لكن لا يخفى أنّها مع الغمض عن ضعف إسنادها مطلقهٔ من حيث كون البيع قبل القبض بنحو بيع التوليهٔ أو غيره فيرفع عن إطلاق بالمنع الوارد فى الروايات المعتبرهٔ المتقدمهٔ عن البيع بغير التوليهٔ.

و لكن ربما يحمل الأخبار المتقدمهٔ المانعهٔ على الكراههٔ بقرينهٔ روايهٔ أبى بصير قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل ان يكيله قال لا يعجبنى ان يبيع كيلا أو وزنا قبل ان يكيله أو يزنه الا ان يوليه كما إذا اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع و ما كان من شىء عنده ليس بكيل و لا وزن فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه فان التعبير بعدم الإعجاب ظاهر فى صحهٔ البيع المزبور و كراهته و لكن نوقش فى هذا الحمل بأن الكراههٔ عندهم لا تختص بالبيع بغير التوليهٔ بل يجرى فيها ايضا و ان كانت الكراههٔ فى التوليهٔ أخف.

أقول لو كانت الروايهٔ ظاهرهٔ فى الكراههٔ المصطلحهٔ فلا توجب رفع اليد عن ظهور

---

(۱). الوسائل ج ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود و كذا سائر روايات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۰۰

....

الأخبار المتقدمة لضعف سندها و لم يثبت الكراهة فى بيع التولية.

و يبقى فى البين صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال سألته عن الرجل يشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها قال لا بأس به إذا وجد ربحا فليبع و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه قال فى رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قال لا بأس.

و لكن لا يمكن رفع اليد بهما عن ظهور الأخبار المتقدمة فى المنع فإنه لو لم نقل بانصرافهما على بيع الشىء على الشجرة كما لا يبعد ذلك بملاحظة الأخبار الواردة فى بيع الثمار فلا ينبغى الريب فى ان صحيحة محمد بن مسلم مطلقة من حيث كونها على الشجرة و من حيث كونها بنحو التولية كما ان صحيحة الحلبى مطلقة من حيث كونها على الشجرة أم لا.

و لكن يعارضهما موثقة سماعة قال سألته عن بيع الطعام أو الثمرة و قد كان اشتراها و لم يقبضها قال لا حتى يقبضها الا ان يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح أو يوليه بعضهم فلا بأس فإن مقتضاها عدم جواز الثمرة إلا بنحو التولية أو بربح فيما كان البيع بنحو التشريك و يحمل هذه على الثمرة المقطوعة فإن مثل معتبرة منصور قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل اشترى بيعا ليس فيه كيل و لا وزن الى ان قال لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن مقتضاها جواز بيع غير المكيل و الموزون قبل القبض سواء كان ثمرة على الشجرة أو غيرها و مقتضى موثقة سماعة عدم جواز بيع الثمرة قبل قبضها بالمرابحة سواء كانت على الشجرة أم لا فيتعارضان فى الثمرة على الشجرة و يؤخذ بالمعتبرة لموافقتها للكتاب العزيز من قوله سبحانه أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ فتكون النتيجة جواز بيع الثمرة على الشجرة قبل قبضها.

و اما إذا كانت الثمرة مقطوعة فلا يجوز بيعها قبل قبضها الا بنحو بيع التولية أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۰۱

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة فى بيع السلم على من هو عليه (۱).

التشريك فى النصيب بالمرابحة فتكون الموثقة بعد هذا أخص مطلقا بالإضافة إلى صحيحتى الحلبى و محمد بن مسلم كما لا يخفى.

(۱) و حاصل الاستيناس للجواز ان الاخبار الواردة فى بيع السلم على المسلم إليه أى بايعه يوجب الجواز فى المسألة و وجهه انه قد ورد فى تلك الاخبار جواز بيع الطعام المسلم فيه من بايعه ثانيا و إذا جاز بيع الطعام المزبور من بايعه جاز بيع المكيل أو الموزون فى مسألتنا قبل قبضه من بائعه أو من غيره حيث لا يحتمل جواز بيع المسلم فيه من بايعه قبل القبض و لا يجوز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما و فيه انه يمكن الالتزام بجواز بيع المسلم فيه على بايعه قبل قبضه قبل حلول الأجل أو بعده بخلاف غير السلم أى المكيل أو الموزون فى مسألتنا بان لا يجوز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما من غير بايعهما.

و اما بيع المكيل أو الموزون من بايعهما قبل قبضهما فهذه مسألة أخرى كما جعل العلامة حيث ذكر ان بيع الشىء قبل قبضه من غير بائعه جائز عند جماعة و ممنوع عند اخرى و اما بيعه من بائعه فجائز عند الجماعة الاولى و مختلف فيها عند الثانية.

و بالجملة غاية ما يستفاد مما ورد فى السلم جواز بيع المكيل أو الموزون من بائعها قبل قبضهما و اما بيعهما من شخص آخر فلا يستفاد جوازه و يظهر ايضا من كلام القائلين بجواز بيع المسلم على بايعه قبل قبضه و من كلام القائلين بعدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما ان مورد الجواز فى السلم غير مورد المنع فى مسألتنا و ان مورد الجواز فى الأول البيع من بايعه و مورد المنع فى الثانى البيع من غيره.

ثم لا يخفى أن مورد الجواز فى السلم فى بيعه من بايعه ثانيا ما إذا كان الثمن فى البيع الثانى غير الجنس و اما إذا كان بجنس الثمن فلا يجوز بيعه إلا برأس المال سواء كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج۴، ص: ۶۰۲

و من العجب ما عن التنقيح (۱).

ثم ان الظاهر ان أصل عنوان المسألة (۲).

ذلک قبل حلول الأجل أو بعده فلا حظ الروایات الواردة فیها کما انه لا یجوز فیه بعد حلول الأجل البیع من غیره بغیر التولیة إلا بعد القبض فیما کان المسلم فیه مکیلا أو موزونا و اما إذا کان من غیر المکیل و الموزون فیجوز بعد حلول الأجل بالتولیة أو بغیرها-

(۱) یعنی بعد ما ذکر العلامة ره ان بیع غیر المقبوض من بایعه مورد أخلاف عند المانعین عن بیعه من غیر بایعه لا یتم للتنقیح دعوی الإجماع علی جواز بیع السلم علی من هو علیه و لا یناسب ایضا کلام الشیخ (ره) حیث ذکر فی المبسوط الإجماع علی عدم جواز بیع السلم قبل قبضه مع تصریحه بعدم الفرق بین بیعه من بائعه أم من غیره.

(۲) لیس فی البین وجه صحیح لاختصاص الحکم فی المسألة بالمبیع الشخصی بعد فرض کون المستند فی المسألة للمنع أو الکراهة هی الأخبار نعم من یکون المستند له فی المنع هو الوجه الاستحسانی یعنی ضعف الملک قبل القبض باعتبار کونه معرض الزوال بتلف المبیع فلاختصاص الوجه بالمبیع الشخصی و عدم جریانه فی المبیع الکلی یتعین التخصیص.

ثم بناء علی عدم الجواز فی المکیل و الموزون فی بیعهما قبل قبضهما بغیر التولیة کما هو مقتضی الجمع بین الروایات یکون عدم الجواز لکونه فی المعاملة وضعیا فیحکم ببطلان البیع المزبور و حمله علی الحکم التکلیفی یحتاج إلی قرینة کما هو الحال فی جمیع موارد النهی عن البیع و سائر المعاملات.

أقول اعتبار للتقابض فی المجلس فی بیع الصرف لا یوجب اعتبار قبض الثمن قبل البیع بحیث یبطل بیع الصرف ببیع ذلک الثمن قبل قبضه و لو فرض ان البائع الذی له الدنانیر علی المشتری باعها من شخص آخر و دفعها المشتری المزبور الی ذلک الشخص

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۳

[ینبغی التنبیه علی أمور]

[الثانی هل البیع کنایة عن مطلق الاستبدال]

هل البیع کنایة عن مطلق الاستبدال (۱).

قبل افتراق البائع و ذلک الشخص تم بیع الصرف.

و استدل فی التذکرة علی عدم جریان الحکم فی ناحیة الثمن بصحیحة یعقوب بن شعیب قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل باع طعاما بدرهم فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال لیس عندی دراهم خذ منی طعاما فقال لا بأس إنما له دراهمه یأخذ بها ما شاء «۱» حیث ان مقتضی التعلیل جواز المعاملة علی الدراهم المزبورة قبل قبضها بجعلها ثمنا للطعام أو غیره.

و أورد المصنف ره علی الاستدلال بوجهین الأول ان مورد الکلام فی المسألة جعل الثمن من الدین المکیل أو الموزون قبل القبض مبیعا فی البیع الثانی و ظاهر الصحیحة جعل الدراهم فی البیع الثانی کالبیع الأوّل ثمنا.

و الثانی ان مدلول الروایة بیع الدراهم علی من هی علیه و لا یدخل فیه بیعها علی غیره و قد تقدم عدم البأس بالأول و الکلام فی المسألة فی الثانی.

أقول لا حاجة فی الحکم بالجواز فی بیع الثمن الکلی قبل قبضه الی هذه الروایة أو غیرها بل هو مقتضی العمومات و إطلاق حل البیع و اما تعلیل المنع بضعف الملک قبل القبض فهو و ان یجری فی ناحیة الثمن المعین أیضا الا انه کما تقدم وجه استحسانی و الا لم یجز البیع فی غیر المکیل و الموزون ایضا قبل القبض بل کان بیع المکیل و الموزون ممنوعا و لو بالتولیة.

(۱) قد تعلق النهی فی الروایات ببیع المکیل و الموزون قبل قبضهما و یحتمل ان یکون ذکر البیع فیهما لکونه الفرد الغالب فی

الاستبدالات کما یحتمل کون النهی عنه لخصوصیهٔ فیه دون سائرها فالمتعین هو الثانی و کون البیع هو الفرد الغالب فی

---

(۱). الوسائل ج ۱۳، الباب ۱۱ من أبواب السلف.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۴

[الثالث هل المراد من البیع المنهی إیقاع عقد البیع]

الثالث هل المراد من البیع المنهی إیقاع عقد البیع (۱).

الاستبدال ینفع فیما إذا کان فی البین عموم أو إطلاق و لا أقل من اطمینان بعدم الخصوصیهٔ و لیس المقام کذلک.

و قد أشکل فی التعدی إلی الثمن فکیف یتعدی الی سائر الاستبدالات و أیضا المأخوذ فی متعلق النهی بیع ما اشتراه من المکیل و الموزون قبل قبضهما.

و امّا إذا ملک المکیل أو الموزون بغیر الشراء کالإرث أو الجائزهٔ أو الصلح و غیرها و أراد بیعه قبل قبضه فلا یدخل هذا فی متعلق النهی فی الروایات بل مقتضی إطلاق حل البیع و عموم الوفاء بالعقود جوازه.

نعم ذکر المصنف ره انه لو انتقل ما اشتراه الی الوارث قبل قبضه أو انتقل إلی الزوجهٔ بعنوان الصداق و نحوه و أراد الوارث أو الزوجهٔ بیعه قبل قبضه فیدخل فی متعلق النهی و لعل نظره (ره) إلی روایهٔ معاویهٔ بن وهب قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یبیع البیع قبل ان یقبضه فقال ما لم یکن کیل أو وزن فلا یبیعه حتی یکیله أو یزنه حیث ان السؤال فی الروایهٔ یشمل ما إذا کان البیع المزبور من الوارث أو الزوجهٔ.

و اما سائر الروایات فمد لولها نهی المشتری عن ان یبیع ما اشتراه قبل قبضه و لا یعم ما إذا انتقل المبیع الی الوارث أو الزوجهٔ فأراد بیعه قبل قبضه.

أقول لو قیل بشمول هذه الصحیحهٔ لما إذا کان البائع فی البیع الثانی غیر المشتری الأول لما یختص المنع بالموارد المزبورهٔ بل یعم ما إذا وقع الصلح علی المبیع قبل القبض و أراد من انتقل الیه ذلک المبیع بیعه قبل قبضه کما لا یخفی.

(۱) إذا کان المکیل أو الموزون معینا خارجا و أراد مشتریه بیعه قبل قبضه فهذا یدخل فی المنهی عنه فی الاخبار المتقدمهٔ.

و ان أراد مشتریه دفعه وفاء للبیع علی الکلی فی الذمهٔ کما إذا اشتری صبرهٔ

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۵

....

خارجیهٔ علی انها کذا و کذا صاعا ثم باع المشتری من الآخر بنحو الکلی علی العهدهٔ مقدارا من الحنطهٔ یساوی تلک الصبرهٔ و أراد ان یأخذ ذلک الآخر الصبرهٔ المزبورهٔ من البائع الأول فهل أخذ الآخر تلک الصبرهٔ من بیع المکیل أو الموزون قبل قبضه لیکون فاسدا بان یبقی المأخوذ فی ملک المشتری الأول و ملک ذلک الآخر بعد علی عهدهٔ المشتری الأول أو أن النهی فی الاخبار لا یعمه الأظهر عدم العموم فإن الأخذ المزبور وفاء للبیع الجاری علی الکلی لا من بیع الصبرهٔ قبل قبضها کما لا یخفی.

و الحاصل ان مورد النهی ما إذا کان المبیع المکیل قبل قبضه مبیعا فی بیع آخر و یشهد لذلک استثناء بیع التولیهٔ فی بعض تلک الاخبار حیث ان التولیهٔ تتحقق بإجراء البیع الثانی علی ما اشتراه أولا بثمن مساو فلا یکون اجراء العقد علی ما فی العهدهٔ و لو بثمن مساو للثمن فی بیع الصبرهٔ من بیع تلک الصبرهٔ تولیهٔ- نعم ربما یکون مناسبهٔ الحکم و الموضوع أو غیرها موجبا للظهور فی ان المنهی

عنه نقل المال بسبب البیع من غیر فرق بین کون المال مبیعا فی ذلک البیع أو کونه وفاء لذلک البیع کما فی النهی عن بیع أمهات الأولاد و کما إذا نذر أو حلف علی عدم بیع عبده لا- فی مثل المقام الذی لم یظهر فیه ملاک الحکم بل النهی عن بیع المکیل أو الموزون قبل قبضه یشبه التعبد المحض.

هذا مع ظهور النقل بالوفاء قبل القبض من بعض الروایات کصحیحهٔ الحلبی التی عبر عنها المصنف (قده) بصحیحهٔ یعقوب بن شعیب عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال سألته عن الرجل یکون له علی الآخر أحمال من رطب أو تمر فیبعث الیه بدنانیر فیقول اشتر بهذه و استوف منه الذی لک قال لا بأس إذا ائتمنه.

و تقریب الاستدلال ان مقتضی کون الدراهم ملکا لمن علیه الأحمال من الرطب أو التمر ان یکون عوض تلک الدراهم أی ما یشتریه الدائن ملکا لمن علیه الأحمال و قد أذن للدائن أن یتملک ما اشتراه قبل قبضه ذلک المبیع.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۶

ثم ان هذا کله إذا کان الطعام المشتری شخصیا (۱).

و الحاصل مدلول الصحیحهٔ أنه لا بأس بأن یتعین ما علی الشخص من المال فی المکیل أو الموزون الذی لم یقبض.

لا یقال لا دلالهٔ للصحیحهٔ علی الجواز فان قول المدین للدائن اشتر بهذه و استوف حقک بمنزلهٔ توکیله فی الشراء و القبض للمدیون ثم الاستیفاء.

فإنه یقال لا دلالهٔ لقول المدین علی التوکیل فی القبض للمدین أوّلا فیما کان ما اشتراه الدائن من العین الخارجیهٔ.

نعم لا- بأس بالالتزام فی التوکیل علی القبض فیما کان ما اشتراه الدائن کلیا لان تعین ذلک الکلی یکون بالقبض للمالک أصالهٔ أو وکالهٔ ثم الاستیفاء أو کان قول المدین فی الفرض من إنشاء الحوالهٔ.

و لکن فی صحیحهٔ الحلبی الأخری قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل أسلفه دراهم فی طعام فلما حل طعامی علیه بعث الی بدراهم و قال اشتر لنفسک طعاما و استوف حقک قال أری ان تتولی ذلک غیرک و تقوم معه حتی تقبض الذی لک و لا تتولی أنت شرائه.

و فی موثقهٔ عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل أسلف دراهم فی طعام فحل الذی له فأرسل إلیه بدراهم فقال اشتر طعاما و استوف حقک هل تری به بأسا قال یکون معه غیره یوفیه ذلک.

و لکن المراد من الصحیحتین بقرینهٔ الاولی منهما الکراههٔ لکون شراء الدائن من معرض التهمهٔ هذا أولا و ثانیا مدلولهما المنع عن تولی الشراء لا عدم جواز الاستیفاء بعد شراء شخص آخر و قبل قبضه و الکلام فی دلالتهما علی جواز الشراء و عدم جواز الاستیفاء کما لا یخفی.

(۱) الکلام فی ان توکیل الدائن فی الشراء لنفسه داخل فی متعلق النهی فی

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۷

و استدل فی الحدائق علی الجواز (۱).

الأخبار المتقدمهٔ الناهیهٔ عن بیع المکیل أو الموزون قبل قبضهما أم لا ینحصر فی شراء الطعام الشخصی و اما إذا اشتری طعاما بنحو الکلی فلا یکون قبض الدائن ذلک الکلی إلا بوجهین أحدهما ان یقع القبض للمدیون ثم استیفائه و إقباضه من المدیون وکالهٔ أو یکون قول المدین اشتر و استوف حقک من الحوالهٔ إلی ذمهٔ البائع من الدائن و کلا التقدیرین محکوم بالصحهٔ حیث ان إقباض المکیل أو الموزون فی الأول یکون بعد قبضه بالوکالهٔ و الثانی حوالهٔ جامعهٔ لشرائطها.

و لکن تأمل بعض الأصحاب فی الثانی و وجهه ان الاخبار و ان یکون مدلولها عدم جواز بیع المکیل أو الموزون قبل قبضهما الا ان ذکر البیع بما هو من المعاوضة لا لخصوصیة فیه و الحوالة أیضا معاوضة حیث ینتقل بها الکلی علی المدیون من ملک الدائن إلی المدیون بإزاء ما علی عهدة البائع حیث ینتقل الی ملک الدائن المحال کما لا یخفی و علیه بما أن ما علی البائع غیر مقبوض فیکون المعاوضة علیه قبل قبضه.

و أجیب عن ذلک أولا- بأن الحوالة لیست معاوضة بل هی استیفاء و تعیین لما علی المدیون بذمة الغیر بحیث لا یکون للدائن الا مطالبة ذلک الغیر بل لو فرض کون الحوالة معاوضة فلیس مطلق معاوضة المکیل أو الموزون قبل القبض مورد النهی بل الوارد فی الروایات النهی عن بیعهما قبل قبضهما الا بالتولیة کما تقدم-

(۱) و توضیح الحال أنه قد ظهر مما تقدم ان مورد الاشکال ما إذا باع کلیا علی العهدة سلما أو حالا ثم اشتری البائع المزبور من ثالث مثل ذلک المبیع بنحو الکلی علی عهدة ذلک الثالث و قال للمشتری الأول خذ مالک علی من ذلک الثالث فان القول المزبور لا بد من کونه بنحو الحوالة أو بنحو التوکیل بان یکون المشتری الأول وکیلا- فی قبض ما علی عهدة الثالث للبائع ثم اقباض المال عنه لنفسه.

و الوجه فی ذلک ان ما علی عهدة البائع الأول یتشخص بالفرد مع قبض مستحقه

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۸

....

لا بالکلی الثابت بذمة الآخر فیحتاج سقوط المال عن عهدة البائع الأول إلی عقد الحوالة أو الوکالة المزبورة.

و لکن نوقش فی صحة الحوالة بأنها فی مفروض الکلام تستلزم المعاوضة علی المبیع المکیل الکلی قبل قبضه حیث ان الحوالة فی الحقیقة معاوضة بین المالین الثابتین فی العهدتین فیقع فی المسألة المعاوضة بین البائع الأول و مشتریه فی الکلی الثابت بعهدة البائع بإزاء الکلی الثابت بعهدة الثالث و بما ان المعاوضة بغیر التولیة و قبل القبض فلا تصح فینحصر صحة الحوالة بکون المالین علی العهدتین من غیر المکیل أو الموزون أو کان منهما و لکن کان ثبوتهما علی العهدة بغیر البیع و الشراء کما إذا اقترض زید منا من الحنطة من بکر و أقرض عمرا بمن آخر ثم أحال بکرا علی عمرو.

و لکن استدل فی الحدائق علی جواز الحوالة فی مسألة ثبوت المکیل و الموزون علی العهدة بالبیع و الشراء بما رواه المشایخ الثلاثة فی الصحیح فی بعض و الموثق فی بعض عن عبد الرحمن بن ابی عبد اللّٰه قال سألت أبا عبد اللّٰه علیه السلام عن رجل علیه کر من طعام فاشتری کرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاستوف کرک فقال لا بأس به قال فی الحدائق و هو ظاهر فی المراد عار عن وصمة الإیراد.

و ناقش المصنف قده فی الاستدلال المزبور بأنه لم یعلم ما علی المدیون من الکر من الطعام کان مبیعا و لعله کان من القرض أو الضمان کما أنه لم یعلم بان المدیون جعل فی حوالته الطعام المشتری معوضا و ما علی ذمته عوضا بل یحتمل کون ما علی ذمته فی الحوالة معوضا و ما علی ذمة البائع منه عوضا و المنع عن بیع المکیل أو الموزون و المعاوضة علیهما قبل قبضهما یختص بما إذا کان ذلک المکیل أو الموزون مبیعا لم یقبض و لا بأس بجعله ثمنا فی المعاملة کما تقدم.

و لکن استوجه الاستدلال بعد ذلک بان الحوالة فعل المدیون و المدیون یجعل ما

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۰۹

[الرابع ذکر جماعة أنه لو دفع الی من علیه طعام]

ذکر جماعة أنه لو دفع الی من علیه طعام (۱).

یملکه بذمة الآخر ملکا لدائنه بإزاء ما یملکه الدائن علی عهدته فما یملکه المحیل من المال المحال به معوض و ما یملکه المحتال علی المحیل عوض فی تلک المعاوضة و لذا یعتبر فی الحوالة المتفق علی صحته ان لا یکون المال المحال به من المبیع المکیل أو الموزون.

و الحاصل احتمال ان یکون ما علی عهدة المحیل معوضا و ما له علی ذمة المحال علیه عوضا بان یکون فعل المحیل إنشاء تملک ما بذمته بإزاء ما له علی عهدة المحال علیه و یشبه إنشاء الحوالة بإنشاء الشراء قبل إیجاب البائع فیکون إنشاء المحتال تملیکا ضعیف لانه کما ذکرنا ان الحوالة ینسب الی المحیل لا الی المحال.

أقول لا یخفی تمام الاستدلال حتی علی عدم کون ما علی المحال علیه معوضا فی الحوالة فإن مقتضی ترک الاستفصال فی الجواب عن کون ما علیه من الکر مبیعا أو ثابتا علی عهدته بغیر البیع جواز الحوالة علی کلا التقدیرین کما أن ترک الاستفصال عن کون ما اشتراه من الکر کلیا علی العهدة أو شخصا خارجیا جواز الحوالة و جواز اقباض ما اشتراه قبل قبضه.

و أما مسألة التوکیل فی القبض للمدیون و الإقباض عنه لنفسه فلا ینبغی التأمل فی جوازه و لا یضر اتحاد المقبض و القابض و لو قیل بعدم جواز اتحاد الموجب و القابل فی العقود مع أنه جائز أیضا إلا فی عقد النکاح فی بعض الفروض و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) إذا قال لدائنه هذه الدراهم اشتر بها لنفسک طعاما یکون القول المزبور ظاهرا بقرینة ما هو مرتکز فی أذهان أبناء المعاملات انه یکون المبیع ملکا لمن یخرج عن ملکه ثمنه فی أحد أمرین:

الأول توکیل الدائن ان یشتری الطعام للمدیون ثم یتملک ما اشتراه عن المدیون وفاء لما بذمة المدیون أو حوالة و لذا لا یفرق بین کون ما یشتریه الدائن شخصیا أو کلیا.

الثانی ان یکون ما یشتریه الدائن لنفسه بان یکون ثمن ما یشتریه بذمته و یعطی

[مسألة لو کان له طعام علی غیره]

مسألة لو کان له طعام علی غیره (۱).

الدراهم المزبورة للبائع منه وفاء بدینه بمال الغیر و لکن الشرط فی الوفاء بما فی ذمته بالدراهم سقوط ما علی المدیون من الطعام و هذا ایضا لا بأس به.

و اما التوکیل فی تملیک الدراهم ثم الاشتراء بها فهو و ان لا بأس به الا أنه خارج عن الظهور العرفی للکلام المزبور.

(۱) إذا کان له طعام علی غیره و کذا ما کان غیر الطعام من سائر المکیل أو الموزون فطالب المدیون فی غیر مکان حدوثه بذمته ففیه صور.

الاولی ما إذا کان الطعام أو غیره بذمته ببیعه سلما کما إذا أسلفه طعاما فی بلد من العراق فطالبه فی غیر بلد آخر مع عدم اشتراط التسلیم فی ذلک البلد الآخر فإنه مع عدم الاشتراط یکون مقتضی إطلاق العقد فی موارد کون المتاع مختلفة فی القیمة بحسب البلاد أو مؤنة النقل انصرافه الی بلد العقد.

و علی ذلک فلا ینبغی الریب فی أنه لا یجب علی المدیون أدائه فی ذلک البلد الآخر و إذا لم یکن للدائن المطالبة بنفس الطعام فیه

لم یکن له المطالبة بالقیمة بحسب ذلک البلد الآخر بطریق أولی فإن المطالبة بالقیمة علی تقدیر جوازه فرع جواز المطالبة بنفس ما علی الذمة من المثل.

نعم یقع الکلام فی أنه یجوز للمشتری مطالبة البائع بقیمة الطعام بحسب بلد استحقاق التسلیم فی ذلک البلد الآخر مع رضا البائع أو بدونه فإنه یظهر من الشیخ قده أنه لم یجز للمشتری المطالبة بتلک القیمة و تراضیهما بها فإن التراضی المزبور یدخل فی بیع الطعام قبل قبضه.

و ذکر المصنف قده ان ما ذکر الشیخ (قده) حسن لو کان المراد من تراضیهما جعل ما علی الذمة مبیعا و القیمة ثمنا أو کان المراد من بیع المکیل و الموزون قبل قبضهما فی الاخبار المنهی عنه مطلق الاستبدال.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۱۱

....

و اما إذا کان المراد فی الاخبار المنهی عنه خصوص البیع و لم یحمل التراضی علی جعل القیمة ثمنا و ما علی الذمة مبیعا بل احتمل ان یکون التراضی بکون القیمة مبیعا و ما علی الذمة ثمنا فلا بأس بالتراضی علی القیمة لکن الظاهر من القیمة کونها ثمنا و ما علی العهدة معوضا فیدخل التراضی المزبور فی الاخبار المنهی عنه.

و الحاصل ما ذکر الشیخ من عدم الجواز مبنی علی أحد الأمرین انصراف التراضی المزبور بکونه بیعا لما علی العهدة بإزاء القیمة أو کان المنهی عنه فی الاخبار المانعة مطلق الاستبدلال.

أقول قد تقدم أنه یجوز بیع المکیل و الموزون قبل قبضهما من بایعهما غایة الأمر یعتبر أن یکون العوض من غیر جنس الثمن الأول و مع اتحاد الجنس یعتبر عدم اختلاف الثمنین بالزیادة و الاخبار المنهی فیها عن بیع المکیل و الموزون قبل قبضهما الا بالتولیة ناظرة إلی بیعهما من غیر بایعهما.

هذا بالإضافة إلی صورة التراضی بأخذ القیمة و اما مع عدم رضا من علیه المال فلا یجوز للمشتری الا الصبر و التسلم بالمال فی بلد التسلیم أو فسخ الشراء و المطالبة بثمنه کما هو الحال فی تعذر التسلیم فی السلم و هذا فیما حسب تأخیر التسلیم الی بلد الاستحقاق لطول زمانه تخلفا لشرط التسلیم فی زمان الاستحقاق کما لا یخفی.

و الحاصل انه لم یثبت جواز الأخذ بالقیمة فی السلم مع تعذر التسلیم لیجری فی المقام ایضا.

و مما ذکرنا یظهر أنه لو لم یختلف البلدان بحسب القیمة و مؤنة النقل و لکن کان المشروط للمشتری التسلیم فی أحدهما المعین فللمشتری إسقاط شرطه و المطالبة بالمبیع فی البلد الآخر و مع عدم إسقاط شرطه یجوز له فسخ الشراء فی مورد تخلف البائع الشرط علیه کما تقدم.

إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج۴، ص: ۶۱۲

....

و ایضا ظهر الحال ما إذا کان المثلی الثابت علی الذمة قرضا فإنه مع اختلاف البلاد فی القیمة و مؤنة النقل یکون الثابت علی العهدة مع إطلاق عقد الاقتراض هو بلد القرض فلا یجوز للمقرض مطالبة المقترض بالمال فی البلد الآخر الا مع تراضیهما و بدون رضی المقترض یثبت له حق المطالبة بقیمة بلد الاقتراض بناء علی جواز المطالبة بالقیمة فی المثلی حتی فی مثل هذا التعذر.

و یلحق بذلک الصورة الثالثة و هو ما إذا کان المثلی علی الذمة للغصب و لو قلنا بجواز أخذ القیمة و لو مع عدم التراضی یکون الملاک فی القیمة قیمة الشیء فی بلد الاقتراض أو الغصب یوم الدفع لا بقیمته یوم الاقتراض أو الغصب لان الملاک بالقیمة یوم

الاقتراض أو الغصب المستفاد من صحيحة أبى ولاد ينحصر بضمان القيمى لا المثلى المتعذر و اللّه سبحانه هو العالم.

قد وقع الفراغ يوم الرابع و العشرين من شهر شعبان المعظم سنة ۱۴۰۵ بيد مؤلفه جواد بن على غفر اللّه لهما و عاملهما بلطفه الكريم انه غفور رحيم.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ۴ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۶ ه‍ ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنـادِرُ البِحـار – فى تلخيص بحـار الأنـوار، للعلاّمـة فيض الاسـلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائميّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله "الشمس آباذی" – "رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابذة هذه المدينة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَيت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَيهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (عليه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسَّسةً و طريقةً لم يَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يوم.

مركز "القائميّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإماميّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّيجی الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثَقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النّافعة – مكانَ البَلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – فی المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافيّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلاّب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، علی أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – فی آكناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائميّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضيّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخرىّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع "ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فى الجلسة

ى) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنَة

المكتب الرّئيسىّ: إيران/أصبهان/ شارع"مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق "وفائى/"بناية"القائمیّة"

تاريخ التأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِى الحجمَ المتزايد و المتّسعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللّهُ تعالى فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فى حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللّهُ تعالى؛ و اللّهُ ولىّ التوفيق.